

**Der Ausbau des Einflusses
des Kommanditisten
bis zur beherrschenden Stellung
und dessen Auswirkungen
auf seine Haftung**

Alfred Wagner

Der Ausbau des Einflusses des Kommanditisten
bis zur beherrschenden Stellung
und dessen Auswirkungen auf seine Haftung

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians- Universität
zu München

vorgelegt von

Alfred Wagner

1960



Referent:

Prof. Dr. Rolf Dietz

Korreferent:

Prof. Dr. Hermann Krause

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Dezember 1960

(Schlussberatung)

Inhaltsverzeichnis

	Seite
<u>Einleitung:</u> Aufriß des Problems	1
 <u>Abschnitt I:</u> Die Stellung des Komm nach der gesetzli- chen Regelung	 7
§ 1 Die Stellung des Komm - allgemein -	7
I. Wesen der KG	
II. Stellung des Kompls - allgemein -	
III. Stellung des Komm - allgemein -	
§ 2 Die Mitverwaltungsrechte des Komm	9
I. Die Mitwirkung bei der Geschäftsführung (§ 164 HGB)	
II. Die Kontrollbefugnisse des § 166 HGB	
§ 3 Die Vermögensrechte des Komm	13
I. Die Bedeutung des Kapitalanteils für die ver- mögensrechtliche Stellung der Gesellschafter	
II. Die vermögensrechtliche Stellung des Komm (§§ 167 - 169 HGB)	
§ 4 Die Stellung des Komm nach außen	15
I. Eintragung ins Handelsregister, Firmenbildung, Vertretung und Haftung	
II. Rechtstechnische Gestaltung der Haftung	
III. Charakterisierung der Haftung (Haftung und Ge- sellschaftsvermögen)	
§ 5 Wertende Betrachtung der Stellung des Komm	18
I. Nur beschränkte Unternehmerstellung des Komm	
II. Die historischen Wurzeln dieser Regelung	
III. Wirtschaftliches Bedürfnis, die Stellung des Komm durch Erweiterung seiner Gesellschafter- rechte anzuheben	
 <u>Abschnitt II:</u> Der Ausbau des Einflusses des Komm bis zur beherrschenden Stellung	 23
 <u>Kapitel I:</u> Die Einflußnahme des Komm - allgemein -	 23

§ 1	Ziel, Umfang und Art der Einflußnahme	23
	I. Das Ziel der Einflußnahme des Komm	23
	II. Die Abhängigkeit der Einflußnahme von der notwendigen Beteiligung	24
	III. Die einzelnen Einflußbereiche	25
	1.) Innenverhältnis	
	- Geschäftsführung, vermögensrechtliche Stellung, sonstige Mitverwaltungsrechte -	
	2.) Außenverhältnis	
	- Vertretung der Gesellschaft, Firmenbezeichnung -	
	IV. Vertraglich eingeräumter und tatsächlich ausgeübter Einfluß	26
§ 2	Die Zulässigkeit der Einflußnahme	27
	I. Grundsatz der Vertragsfreiheit	27
	II. Einflußnahme im Außenverhältnis	28
	III. Einflußnahme im Innenverhältnis	28
<u>Kapitel II: Die Einflußnahme des Komm im Innenverhältnis</u>		32
§ 1	Die Einflußnahme auf die Geschäftsführung	33
	I. Gegenstand der Einflußnahme	33
	1.) Wesen der Geschäftsführung	
	2.) Geschäftsführung und Vertretung	
	II. Die zur Einflußnahme führenden Regelungen	35
	1.) Mittelbare Einflußnahme	
	2.) Unmittelbare Einflußnahme	
	3.) Latente Einflußnahme	
§ 2	Die Erweiterung der vermögensrechtlichen Stellung	39
	I. Gegenstand der Einflußnahme	39
	1.) Wesen der Erfolgs- und Substanzbeteiligung	
	2.) Verlustbeteiligung und Haftung	
	II. Die zur Einflußnahme führenden Regelungen	41
	1.) Vereinbarungen über den Periodenerfolg	
	2.) Vereinbarungen über den Totalerfolg	
§ 3	Der Ausbau der sonstigen Mitverwaltungsrechte	49
	I. Gegenstand der Einflußnahme	49

II. Die zur Einflußnahme führenden Regelungen	51
1.) Grundsatz der Vertragsfreiheit	
2.) Regelungen zur Ergänzung/Stärkung des Einflusses auf die Geschäftsführung - Entzug der Geschäftsführungsbefugnis, Ausscheiden/Ausschluß des Kompls, Aufnahme neuer Gesellschafter -	
3.) Vereinbarungen zur Ergänzung des vermögensmäßigen Einflusses	
4.) Alhang: Regelung des Stimmrechts bei Kommehrheit	
§ 4 Das Ergebnis der Einflußnahme im Innenverhältnis: Erweiterter Einfluß; herrschende Stellung; Zulässigkeit und Qualifikation dieser Erscheinungen	59
I. Abgrenzung des Tatbestandes	59
1.) Die Verteilung der Unternehmerfunktionen - Alleinunternehmer (herrschende Stellung) und Mitunternehmer (erweiterter Einfluß)	
2.) Die Merkmale der Unternehmerstellung - Dispositionsbefugnis, Erfolgs- und Substanzbeteiligung -	
3.) Die zu einer herrschenden Stellung führenden vertraglichen Regelungen	
II. Die Wirksamkeit der Vereinbarungen	64
1.) Maßstab § 138 BGB	
2.) Sittenwidrigkeit der Haftung und Verlusttragung des Kompls wegen seiner Entmachtung?	
3.) Abhängigkeit der Lösung davon, ob Gesellschaftsverhältnis oder Austauschvertrag vorliegt	
III. Die Qualifizierung der herrschenden Stellung	69
1.) Wert der Qualifikation	
2.) Erfordernisse der Gesellschaft	
3.) Nachweis der Gesellschaft - vermögensmäßige, geschäftsführungsmäßige, allgemein gesellschaftsrechtliche Stellung - kein Gesellschaftsverhältnis mehr bei herrschender Stellung -	
4.) Anerkennung dieses Ergebnisses	
IV. Die Anwendbarkeit gesellschaftsrechtlicher oder austauschvertraglicher Normen	78
1.) Das Austauschverhältnis zwischen Komm und Kompl - zur Zulässigkeit eines Auftretens als KG, zur faktischen Gesellschaft -	
2.) Folgen für das Verhältnis von Komm zu Kompl - Sittenwidrigkeit einer Verlustüberbürdung auf den "Kompl", Freistellungsanspruch des haftenden "Kompls" aus § 812 BGB -	

V. Ergebnis der Einflußnahme im Innenverhältnis	84
<u>Kapitel III: Die Einflußnahme im Außenverhältnis</u>	84
§ 1 Die Einflußnahme auf die Vertretung der Gesellschaft	85
I. Vertretung der Gesellschaft als	
1.) organschaftliche Vertretung	
2.) rechtsgeschäftliche Vertretung	85
II. Organschaftliche Vertretung durch den Komm	86
1.) Stellungnahmen von Literatur und Rechtsprechung	
2.) Zur Zulässigkeit der organschaftlichen Fremdvertretung	
3.) Zur unechten Gesamtvertretung	
4.) Auslegung der einem Komm übertragenen organschaftlichen Vertretung	
5.) Zum Entzug der organschaftlichen Vertretungsbefugnis des einzigen Kompls	
III. Rechtsgeschäftliche Vertretung durch den Komm	91
1.) Stellungnahmen von Literatur und Rechtsprechung	
2.) Umfang und Dauer (Entziehbarkeit) der dem Komm übertragenen rechtsgeschäftlichen Vertretungsbefugnis	
3.) Grund für die Zulässigkeit der rechtsgeschäftlichen Vertretung durch den Komm	
§ 2 Die Einflußnahme auf die Firmenbezeichnung	99
I. Grundsatz der Firmenwahrheit (§ 19 II, IV HGB)	
II. Durchbrechung dieses Grundsatzes bei abgeleiteten Firmen (§§ 22, 24 HGB)	
§ 3 Das Ergebnis der Einflußnahme im Außenverhältnis	100
<u>Abschnitt III: Die Auswirkungen der Einflußnahme des Komm auf seine Haftung</u>	101
<u>Kapitel I: Der Zusammenhang zwischen Einfluß und Haftung - allgemein -</u>	101
§ 1 Grundlagen der beschränkten Haftung des Komm; Ansatzpunkte für eine unbeschränkte Haftung	101
I. Kommstellung und Kundgabe dieser Kommstellung	101

II. Rechtschein	103
§ 2 Einflußnahme und Haftung - allgemein -	105
I. Abgrenzung der Tatbestände	
II. Ansatzpunkte für eine unbeschränkte Haftung bei den einzelnen Tatbeständen	
<u>Kapitel II: Die Haftung des Komm aufgrund seiner Einflußnahme im Außenverhältnis</u>	106
§ 1 Problemstellung	106
§ 2 Die Haftung des Komm, dem Prokura/Handlungsvollmacht eingeräumt ist	107
I. Die Verlautbarung der Kommstellung	107
1.) bei Einräumung der rechtsgeschäftlichen Vertretungsbefugnis	
2.) bei Ausübung der rechtsgeschäftlichen Vertretungsbefugnis	
- zum Rechtsschein entgegen einer Eintragung im Handelsregister -	
II. Zur Haftung infolge der durch die Vollmacht erlangten Macht des Komm	113
§ 3 Die Haftung des Komm, dem organschaftliche Vertretung eingeräumt ist, dessen Name in die Firmenbezeichnung aufgenommen ist	114
I. Haftung bei organschaftlicher Vertretung	114
II. Haftung bei Übernahme des Namens des Komm in die Firmenbezeichnung	116
<u>Kapitel III: Die Haftung des Komm aufgrund seiner Einflußnahme im Innenverhältnis</u>	119
§ 1 Problemstellung	119
I. Bedürfnis für unbeschränkte Haftung aus der Gestaltung des Innenverhältnisses	119
II. Geltung des Innenverhältnisses gegenüber dem Außenverhältnis	120
1.) Trennung von Innen- und Außenverhältnis	
2.) Versuch zur Überwindung dieser Trennung	
3.) Lösung des Konflikts	
§ 2 Die Haftung des Komm bei erweiterter Einflußnahme	123
I. Allgemeine Stellungnahmen der Literatur	123

II. Einschaltung: Die Regelung des ausländischen Rechts	126
III. Das Bedürfnis für eine unbeschränkte Haftung	127
1.) Präzisierung der Problemstellung	
2.) Stellungnahmen der Literatur	
3.) Bedürfnis zum Schutze des Kompls, der Gläubiger oder der Allgemeinheit?	
IV. Keine Lösung unter dem Gesichtspunkt Mißbrauch der Rechtsform	134
V. Zur Inanspruchnahme des Komm aus § 826 BGB	134
§ 3 Die Haftung des herrschenden Komm	135
I. Zur Versagung der Haftungsbeschränkung aufgrund der im Innenverhältnis erlangten Stellung des Komm	
1.) Unbeschränkte Haftung wegen fehlender Komeigenschaft	
2.) Die Stellung der Literatur zu diesem Ergebnis	
II. Zur Geltung dieser unbeschränkten Haftung gegenüber dem Außenverhältnis	138
1.) Die Unzulässigkeit des Außenverhältnisses	
2.) Das fehlende Bedürfnis für eine unbeschränkte Haftung	
3.) Die fehlende Berechtigung der Haftungsbeschränkung	

Ergebnis der Arbeit

141

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i sI. Kommentare, Lehrbücher und Monographien:

- | | |
|---------------------------|---|
| Baumbach-Duden | Handelsgesetzbuch, 12. Auflage 1956,
13. Auflage 1959 |
| Boesebeck | Die kapitalistische Kommanditgesellschaft,
Frankfurt 1938 |
| Düringer-Hachenburg | Kommentar zum HGB
Bd.II.2 Allg. Einleitung zum 2. Buch von
Geiler, 1932,
Bd.II 2 (§§ 105 ff.), erläutert von Flecht-
heim, 1932, (zit.: Flechtheim) |
| Enneccerus-Lehmann | Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage
Tübingen 1958 |
| Enneccerus-Nipper-
dey | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
15. Auflage Tübingen 1959 |
| Fischer | Allgemeine Betriebswirtschaftslehre,
7. Auflage Heidelberg 1957 |
| v. Gierke | Handels- und Schifffahrtsrecht, 8. Auflage
Berlin 1958 |
| Gogos | Die Geschäftsführung der offenen Handels-
gesellschaft, Tübingen 1953 |
| Haupt-Reinhardt | Gesellschaftsrecht, 4. Auflage Tübingen
1952 |
| Heinsheimer | Über die Teilhaberschaft, Heidelberg 1938 |
| Hueck Alfred | Das Recht der offenen Handelsgesellschaft,
2. Auflage Berlin 1951, (zit.: Hueck OHG)
Gesellschaftsrecht, 8. Auflage München-
Berlin 1958, (zit.: Hueck GesR) |
| Hueck Götz | Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung
im Privatrecht, München-Berlin 1958 |
| Lang | Die Typen der stillen Gesellschaft und die
Anwendung gesellschaftsrechtlicher Normen
auf sie, Hamburg-Berlin-Leipzig 1930 |
| Lehmann | Gesellschaftsrecht, 2. Auflage Berlin-
Frankfurt 1959, (zit.: GesR) |
| Lehmann-Ring | Kommentar zum HGB, Leipzig-München 1921 |

- Müller-Erzbach** Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948
Deutsches Handelsrecht, 2./3. Auflage Tübingen 1928
Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt, Berlin 1905
- Müller-Freienfels** Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955
- Palandt** Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Auflage München-Berlin 1959
- Paulick** Handbuch der stillen Gesellschaft, Köln 1959
- Potthoff-Zintzen** Die Gesellschaftsverträge der Personengesellschaften, 2. Auflage Köln 1953
- Radbruch** Rechtsphilosophie, 5. Auflage Stuttgart 1956
- RGRK** Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Auflage Berlin 1959
- Ritter** Kommentar zum HGB, 2. Auflage München-Berlin 1932
- Schlegelberger** Handelsgesetzbuch, 3. Auflage Berlin-Frankfurt 1955,
Bd. I bearbeitet von Hildebrecht und Schröder
Bd. II bearbeitet von Geßler
- Schmalenbach** Die Beteiligungsfinanzierung, 8. Auflage 1954, bearbeitet von Bauer
- Siebert** Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, 2. Auflage 1933
- Staub** Kommentar zum HGB, 14. Auflage Berlin-Leipzig 1932,
Bd. I bearbeitet von Bondi und Pinner
- Staudinger** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
I. Band Allg. Teil 11. Auflage Berlin 1957
II. Band Recht der Schuldverhältnisse 2./3. Teil 10. Auflage Berlin-Leipzig 1939
III. Band Sachenrecht 11. Auflage Berlin 1959

- Sudhoff Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, München-Berlin 1959
- Weipert Kommentar zum HGB, herausgegeben von den Mitgliedern des Reichsgerichts, Bd. II bearbeitet von Weipert, 2. Auflage Berlin 1950
- Wieland Handelsrecht
Bd. I Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften, Leipzig-München 1921
- Würdinger Das Recht der Personalgesellschaften
1. Teil Die Kommanditgesellschaft (1. Arbeitsbericht des Ausschusses für das Recht der Personalgesellschaften der Akademie für deutsches Recht) 1939, (zit.: Ausschlußbericht)
Gesellschaften 1. Teil Das Recht der Personalgesellschaften, Hamburg 1937, (zit.: Gesellschaften)

II. In Zeitschriften veröffentlichte Abhandlungen, Aufsätze, Entscheidungsanmerkungen etc.:

- Bacmeister Der Ausschluß sämtlicher Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft von der Vertretung
in ZHR Bd. 55 S. 147 ff.
- Barella Der Kommanditist als Geschäftsführer
in DB 1951 S. 149
- Bergmann Entscheidungsanmerkung (OLG München vom 14. 7. 1937)
in ZAkfDR 1937 S. 763
- Bernhardt Haftung aus Verträgen des Strohmannes
in JW 1938 S. 2529 ff.
- Boesebeck Die kapitalistische Kommanditgesellschaft
in Soz.Praxis 1938 Sp. 715 ff.
Zur Auslegung des § 164 HGB
in JW 1939 S. 325 f.
- Brecher Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht
in Festschrift für Nikisch 1958 S. 232 ff.
Subjekt und Verband. Prolegomena zu einer Lehre von den Personenzusammenschlüssen
in Festschrift für Hueck 1959 S. 233 ff.

- Buchwald** Nichtgesellschafter als Geschäftsführer bei der OHG und KG in DB 1957 S. 109 f.
- Dölle** Theoretische Jurisprudenz in Nordamerika in GruchBeitr. Bd. 68 S. 492 ff.
- Friedrich** Der Schutz der Gläubiger bei der KG in Soz.Praxis 1938 Sp. 1153 ff.
- Geßler** Entscheidungsanmerkung (BGH vom 14. 5. 1952) in JZ 1952 S. 530
- v. Gierke** Besprechung von Würdingers "Gesellschaften 1. Teil Das Recht der Personalgesellschaften" und Boesebecks "Die kapitalistische Kommanditgesellschaft" in ZHR Bd. 107 S. 145 f. und 148 f.
- Groschuff** Entscheidungsanmerkung (KG vom 8.12. 1938) in JW 1939 S. 425
- Großmann-Doerth** Zur Reform der KG in ArchzivP Bd. 147 S. 1 ff.
- Hueck** Besprechung von Boesebecks "Die kapitalistische Kommanditgesellschaft" in Vierteljahresschrift Bd. 30 S. 213 f.
- Koenige** Kann die Vertretungsmacht des einzigen persönlich haftenden Gesellschafters einer KG durch Gesellschaftsvertrag aufgehoben oder beschränkt werden? in JW 1923 S. 214 f.
- Laband** Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften in ZHR Bd. 30 S. 469 ff.
- Larenz** Entscheidungsanmerkung (RG vom 13. 10. 1933) in JW 1934 S. 244 ff.
- Liebisch** Über die Rechtsstellung der Erben eines offenen Handelsgesellschafters in ZHR Bd. 116 S. 128 ff.
- Marcus** Kann der Kommanditist zum Gesellschaftsvertreter bestellt werden? in Holdh. 1909 S. 160 f.
- Müller** Drittorgane bei Personalgesellschaften? in NJW 1955 S. 1909
- Müller-Erzbach** Die Haftung und die Vermögensbeteiligung des Kommanditisten und des stillen Gesell-

- schafters, besonders im Falle ihrer Anteilnahme an der Unternehmensverwaltung in Festgabe für Heymann 1931 Bd.II S.737 ff.
Die Verbandsmacht - eine unbekannte Welt in JZ 1956 S. 705 ff.
Herrschaft und Haftung in LZ 1933 Sp. 145 ff.
- Otto Moderne Erscheinungsformen der stillen Beteiligung in BB 1948 S. 210 f.
- Reinhardt Gedanken zum Identitätsproblem bei der Einmanngesellschaft in Festschrift für Lehmann 1956 Bd. II S. 576 ff.
- Scholz Der wichtige Grund in JZ 1949 Sp. 1 ff.
- Schultze-v.Lausaulx Die unechte Vorgesellschaft in JZ 1952 S. 390 ff.
- Siebert Zur atypischen stillen Gesellschaft in NJW 1953 S. 806 f.
- Silberschmid Zur Haftung des am Unternehmen mitarbeitenden Kommanditisten und stillen Gesellschafters vom Standpunkt der Interessenabwägung aus in LZ 1932 Sp. 1329 ff.
- Staab Die Vertretung einer KG durch einen Kommanditisten in BB 1959 S. 435 f.
- Würdinger Betrachtungen zur inneren Struktur der Kommanditgesellschaft in Soz.Praxis 1938 Sp. 194 ff.

III. Dissertationen:

- Ammerbacher Der geschäftsführende Kommanditist, München 1948
- Braude Der Kommanditist im Dienste seiner Gesellschaft, Leipzig 1913
- Bresser Die Beteiligung des Kommanditisten an der Geschäftsführung und sein Einfluß auf die Willensbildung der Gesellschaft, Köln 1941
- Grewe Die rechtliche Stellung des am Unternehmen mitarbeitenden Kommanditisten und stillen

	stand
RFH	Reichsfinanzhof
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
RStBl.	Reichssteuerblatt
S.	Satz bzw. Seite
SchweizOR	Schweizer Obligationenrecht
scil.	scire licet
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte
SozPraxis	Soziale Praxis
Sp.	Spalte
StAnpG	Steueranpassungsgesetz
str.	strittig
StW	Steuer und Wirtschaft
ü.M.	überwiegende Meinung
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
Vierteljahresschrift	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
WarnR	Warneyer Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts
ZAkfDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z.B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht
zit.	zitiert

E i n l e i t u n g : Aufriß des Problems

I.) Das Recht der KG erhält seine besondere Prägung dadurch, daß sich zwei Gesellschaftertypen gegenüberstehen, der Komplementär als der in der Firma bestimmende Unternehmer und der Kommanditist als der im wesentlichen nur kapitalistisch Beteiligte. Das rechtliche Interesse konzentriert sich hierbei auf die Stellung des Komm, nachdem der Kompl grundsätzlich einem OHG-Gesellschafter gleichgestellt wird. Dabei tauchen zwei Fragenkreise auf: Einmal das Verhältnis des Komm zum Kompl, zum anderen die Stellung des Komm nach außen, insbesondere seine Haftung.

Wie noch näher zu zeigen sein wird, ist die Stellung des Komm im Vergleich zu der des Kompl nach der Regelung des Gesetzes erheblich eingeschränkt. Im Innenverhältnis stehen ihm hinsichtlich der Geschäftsführung nur geringe Mitwirkungs- und Kontrollrechte zu; die Gewinnverteilung hat angemessen zu erfolgen. Im Außenverhältnis ist er von der organschaftlichen Vertretung der Gesellschaft und der Aufnahme seines Namens in die Firmenbezeichnung ausgeschlossen; als Ausgleich trifft ihn die Haftung für die Gesellschaftsschulden nur beschränkt. - Die Praxis zeigt demgegenüber ein vielfach abweichendes Bild. Die Komm geben sich mit ihrer untergeordneten Stellung nicht zufrieden. Sie suchen ihren Einfluß zu verstärken. Die Vielfalt der Gestaltungen ist dabei einer Farbskala vergleichbar. Die Grade der Einflußnahme gehen ineinander über, ohne daß klare Grenzen erkennbar wären. Sie reichen von einer nur geringfügigen Erweiterung der Mitwirkungsrechte über die Gleichstellung von Komm und Kompl bis zu jenen Fällen, wo dem (den) Komm die Rolle des Unternehmers zukommt, indem er (sie) die Geschäftsführung maßgeblich bestimmen und das Geschäft im wesentlichen auf seine (ihre) Rechnung geführt wird. Die Stellung des Kompl sinkt hier - zumindest wirtschaftlich - auf die eines "leitenden Angestellten" herab(1).

II.) Gerade diese letzten Fälle zeigen eine besondere Problematik: Der Komm nimmt die Stellung des Kompl ein. Seine Rechte werden im Gesellschaftsvertrag denen eines Kompl angeglichen, die gesetz-

(1) Vgl. unten S. 77/78.

lich eingeräumten Befugnisse des Kompls dagegen auf die eines Komm reduziert, zum Teil darüberhinaus noch weiter beschränkt. Der Komm (!) führt die Gesellschaft, auf seine Rechnung, unter Beschränkung seiner Haftung auf die Höhe seiner Einlage. Er ist im Verhältnis zum Kompl (Innenverhältnis) der "Unternehmer", im Verhältnis zu den Gläubigern (Außenverhältnis) der "Kapitalist". Die aus dieser Konstellation sich ergebende Frage lautet: Kann an der gesetzlich festgelegten Regelung des Außenverhältnisses (beschränkte Haftung des Komm) festgehalten werden, wenn das gesellschaftliche Innenverhältnis dem gesetzlichen Normalstatut nicht mehr entspricht? Oder noch allgemeiner formuliert: Kann es bei der gesetzlich festgelegten Pflichtenverteilung bleiben, wenn die vom Gesetzgeber den einzelnen Gesellschaftern übertragenen Rechte abgeändert oder vertauscht werden? (2)

III.) Das Problem stand gegen Ende der 30er Jahre im Mittelpunkt einer wissenschaftlichen Erörterung. Allerdings nicht in der oben gegebenen umfassenden Fragestellung. Die Diskussion war beschränkt auf die Überlegung, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Beteiligung des Komm an der Geschäftsleitung dessen unbeschränkte Haftung auslösen könne. Überdies trugen die Ausführungen der die Diskussion bestimmenden Autoren, wie Müller-Erzbach, Boesebeck und Würdinger als Vorsitzender des Ausschusses der AkfDR zur Reform des Rechts der Personalgesellschaften im wesentlichen rechtspolitischen Charakter. Das Ergebnis der damaligen Überlegungen war die Forderung nach unbeschränkter Haftung des geschäftsführenden Komm, begründet aus der notwendigen Abhängigkeit von Herrschaft und Haftung. Gegenüber der vom Gesichtspunkt der Kundgebung beherrschten Haftungsregelung müsse, entsprechend der Regelung des englischen und französischen Rechts, der bereits im mittelalterlichen Recht vorhandene und später wieder verloren gegangene Zusammenhang von Macht und Verantwortung zur Geltung gelangen (3).

-
- (2) Während die erste Formulierung lediglich die aus einer Abänderung des Innenverhältnisses sich ergebenden Haftungsfragen umfaßt, bezieht diese Fragestellung auch die Einflußnahme des Komm auf das Außenverhältnis in die Betrachtung mit ein; ferner wird damit die gesamte Pflichtenstellung des Komm, also neben seiner Risikotragung nach außen (Haftung) auch seine Risikotragung im Innenverhältnis (Verlustbeteiligung vgl. § 167 III HGB) angesprochen.

Die Stellungnahmen, die den Standpunkt des geltenden Rechts berücksichtigen, sind zwiespältig. Sie erkennen einerseits die Schlüssigkeit der Gedankengänge Müller-Erzbachs und seiner Nachfolger an, scheuen jedoch andererseits, dieses Verantwortungsprinzip über die Grundsätze der Erklärungshaftung und des Rechts Scheins zu stellen. Durch die Arbeit Boesebecks über die "Kapitalistische Kommanditgesellschaft" auf die Aktualität des Problems aufmerksam geworden, wollen sie in krassen Fällen unter dem Gesichtspunkt des Mißbrauchs der Rechtsform zu einer unbeschränkten Haftung kommen. Dabei ist im einzelnen vieles unklar. So soll in Fällen, wo die Gesellschaft dadurch, daß dem Komm die maßgebliche Bedeutung zukommt, "denaturiert" ist, grundsätzlich nur die Berufung auf die Haftungsbeschränkung rechtsmißbräuchlich sein, in bestimmten Fällen jedoch auch schon die Gestaltung selbst. Im übrigen wird ein Mißbrauch der Rechtsform nicht nur unter dem Aspekt der Geschäftsführung gesehen; vielmehr könne auch in einem Verhalten, das zu einer Irreführung Dritter über die beschränkte Haftung führt oder in dem Umstand, daß der die Geschäfte betreibende Komm eine vermögenslose Person als persönlich haftenden Gesellschafter vorschiebt, ein die unbeschränkte Haftung des Komm rechtfertigender Mißbrauch der Rechtsform liegen (4).

Gegen diese Behandlung des Problems bestehen erhebliche Bedenken. Zunächst fehlt es an einer klaren Erfassung des Tatbestandes. Der Hinweis auf krasse Fälle, desgleichen die ziemlich unsystematisch zusammengetragenen Beispiele zeigen, daß das Problem schon tatsächlich nicht richtig gesehen wird. So geht es bei der evtl. Haftung aus der Übertragung der Geschäftsführung um die Wirkung des Innenverhältnisses auf das Außenverhältnis, während die Haftungsfragen aus einer Irreführung Dritter im Bereich des Außenverhältnisses bleiben. Das Beispiel des "vorgeschobenen vermögenslosen Kompl" weist endlich auf die sog. Außengesellschaft hin. - Was die rechtliche Würdigung des Problems anbelangt, so vermag uer stereotype Hinweis auf den Mißbrauch der Rechtsform nicht zu überzeugen. Insbesondere fehlen die Angaben, warum eine Gestaltung

(3) Hierzu unten S. 123.

(4) Hierzu eingehend unten S. 124 ff.

als Mißbrauch der Rechtsform erscheint. Am schwersten wiegt jedoch, daß bisher die Tatsache, daß das hier anstehende Problem einer Haftung des Komm aufgrund seiner Einflußnahme auf die Gesellschaft die gesamte Rechtsstellung des Komm betrifft, nicht genügend berücksichtigt wurde (5). Das Verhältnis des Komm zum Kompl darf nicht lediglich unter dem Aspekt der Geschäftsführung, teilweise auch noch der Vertretung gesehen werden. Vielmehr muß - wie auch die tatsächliche Gestaltung der Gesellschaftsverträge zeigt (6) - jedes Urteil über die Stellung eines Gesellschafters auf einer Berücksichtigung der gesamten gesellschaftlichen Rechte und Pflichten aufbauen, insbesondere also auch die bisher völlig vernachlässigte vermögensrechtliche Seite der Gesellschafterstellung in die Betrachtung einbeziehen (7).

IV.) Ziel der Arbeit ist es zu untersuchen, wie sich die Steigerung des Einflusses des Komm in der Gesellschaft auf seine Haftung auswirkt.

1.) Dabei besteht eine Schwierigkeit darin, daß der zu untersuchende Tatbestand schwer faßbar ist. Die Intensität des Kommeeinflusses ist von Gesellschaft zu Gesellschaft verschieden. Das Hauptgewicht wird auf die Fälle gelegt, wo der Komm einen beherrschenden Einfluß auf die Gesellschaft gewonnen hat. Dies nötigt dazu, diesen beherrschenden Einfluß von einer nur erweiterten Einflußnahme abzugrenzen. Die Bestimmung der herrschenden Stellung muß dabei nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten erfolgen, da die Einflußnahme auf ein Handelsunternehmen primär einen

(5) Dies gilt auch für die einschlägigen Dissertationen von Grewe (Leipzig 1935), Keutner (Köln 1938), Klotz (Köln 1940), Bresser (Köln 1941) und Ammerbacher (München 1948). Der Grund für die beschränkte Betrachtung liegt offenbar darin, daß sie sich zu eng an die hauptsächlich auf die Geschäftsführung abstellenden rechtspolitischen Arbeiten Müller-Erzbachs und Würdingers anschließen. Die Dissertationen werden deshalb mit Ausnahme der Ammerbachers, der sich wenigstens andeutungsweise um eine Lösung der Haftungsfragen unter Einschluß der vermögensmäßigen Stellung bemüht, nicht weiter in die Arbeit einbezogen.

(6) Vgl. die Verträge Anlage II und III bei Boesebeck "Kapital. KG" S. 94 ff.; ferner Pothoff-Zintzen S. 118 ff.; Sudhoff S. 365 ff.

(7) Dies führt dazu, nicht nur auf die Haftung als wirtschaftli-

wirtschaftlichen Tatbestand darstellt. Daraus folgt gleichzeitig, daß mit der Bezeichnung "herrschender Komm" nicht ein neuer Begriff eingeführt werden soll, an den sich bestimmte Rechtsfolgen knüpfen, sondern der Ausdruck deshalb gewählt wurde, weil er einmal den zu untersuchenden Tatbestand -oben I.) a. E. und II.)- plastisch umschreibt, zum andern ihn inhaltlich nicht auf bestimmte Rechtsprobleme festlegt und dadurch einschränkt, wie dies z. B. bei der Verwendung des Begriffs "kapitalistische KG" der Fall wäre. Die Betrachtung soll für die gesamte gesellschaftliche Stellung des Komm offen bleiben. Zu berücksichtigen bleibt jedoch, daß die von Boesebeck als Typ a) und b) der kapitalistischen KG bezeichneten Fälle (8) grundsätzlich auch den hier zu untersuchenden Sachverhalt abgeben. Sie sind dadurch gekennzeichnet, daß die Macht in der Gesellschaft vom Kompl auf den (die) Komm übergegangen ist - der Kompl wird, wie Boesebeck sich ausdrückt, vom Selbstunternehmer zum geschäftsführerähnlichen Drittorgan - wobei es allerdings für das in dieser Arbeit interessierende Verhältnis zwischen Komm und Kompl gleichgültig ist, ob nun lediglich ein Komm oder eine körperschaftsähnlich organisierte Kommanditistenmehrheit den beherrschenden Einfluß ausübt.

2.) Schwerpunkte der Arbeit sind die Untersuchung der Möglichkeiten und Grenzen der Einflußnahme des Komm im Innen- und Außenverhältnis und die rechtliche Qualifikation der dadurch entstehenden Rechtsgebilde (Abschnitt II), weiter - entsprechend dem oben II.) aufgeworfenen Problem - die Untersuchung der sich aus dieser Gestaltung ergebenden Folgen für dessen Haftung (Abschnitt III). Ein-

che Risikotragung im Außenverhältnis sondern auch auf die Verlustbeteiligung als wirtschaftliche Risikotragung im Innenverhältnis abzustellen. Letzteres wurde bisher total übersehen.

- (8) Boesebeck "Kapital. KG" S. 17/18, wonach eine KG dann als "kapitalistische" bezeichnet wird, wenn a) "die Komm alleine oder zusammen mit den persönlich haftenden Gesellschaftern zu einer besonderen körperschaftlichen Organisation zusammengeschlossen werden, die auf die Geschäftsleitung durch die hierdurch zu Drittorganen werdenden persönlich haftenden Gesellschafter maßgebenden Einfluß nimmt", oder b) "einer oder mehrere persönlich haftende Gesellschafter ohne oder mit nur geringer Kapitalbeteiligung vorhanden sind, die an die Weisungen des einzigen Komm gebunden sind". Dabei ist es im zweiten Fall zweifelhaft, ob die Bezeichnung "kapital. KG"

leitend (Abschnitt I) wird, um ein Beurteilungsmaß für die Intensität der Einflußnahme zu gewinnen, die rechtliche Stellung des Komm nach der gesetzlichen Regelung knapp aufgezeigt. Bei der Darstellung wird von einer zweigliedrigen KG ausgegangen. Dies erscheint berechtigt, weil die Untersuchung das Verhältnis des Komm zum Kompl betrifft, so daß auch, wie oben angedeutet, bei einer Mehrheit von Komm, etwa dem typischen Fall der kapitalistischen KG, in Bezug auf diese Fragestellung keine Besonderheiten auftreten. Im übrigen wird, soweit Anlaß bestehen soll, auf die Kommehrheit eingegangen werden.

zutreffend gewählt ist. Es fehlt hier die körperschaftlich organisierte Personenmehrheit, so daß nur noch das Verhältnis des Komm zum Kompl und die sich aus dessen Abwandlung ergebenden allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Fragen verbleiben. So auch Hueck in Vierteljahresschrift Bd. 30 S. 213 f. und J. v. Gierke in ZHR Bd. 107 S. 148 f.

Abschnitt I: Die Stellung des Komm nach der gesetzlichen Regelung.

§ 1 Die Stellung des Komm - allgemein

I.) Die KG ist wie die OHG eine Personengesellschaft, gerichtet auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinsamer Firma. Ihr Unterschied zu dieser besteht darin, daß bei wenigstens einem Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist (Komm), während bei mindest einem der Gesellschafter eine Beschränkung der Haftung nicht stattfindet (Kompl) (§ 161 I HGB). Der Kompl trägt die Risiken des Handelsgewerbes mit seinem gesamten Vermögen; er setzt seine ganze Persönlichkeit für den Betrieb des Unternehmens ein. Der Komm nimmt an den Geschäftsrisiken nur in Höhe seiner Einlage teil. Das personenrechtliche Element der vollen Verantwortung wird durch das kapitalistische der Risikobeschränkung ergänzt. Es stehen sich, wie der Ausschuß der AkfDR in schlagwortigartiger Vereinfachung zum Ausdruck bringt, Kapital und Arbeit gesellschaftsrechtlich gegenüber (1).

Dabei wohnt dieser unterschiedlichen Beteiligung ein Interessengegensatz inne (2). Es geht um eine Rangordnung zwischen "Kapital" und "Arbeit", um die Frage, wem die Führung in der Gesellschaft zukommt.

II.) Die gesetzliche Regelung hat dem Kompl die führende Stellung eingeräumt. Ausgehend von seiner unbeschränkten Haftung behandelt es ihn grundsätzlich wie einen OHG-Gesellschafter. Er ist organschaftlicher Vertreter der Gesellschaft (§§ 161 II in Verb. mit 125 und § 170 HGB), nur sein Name darf bei der Firmenbildung verwendet werden (§ 19 II, IV HGB). Ihm steht die Geschäftsführung zu (§§ 161 II/114 und § 164 HGB), ihn allein trifft das gesetzliche Wettbewerbsverbot (§§ 161 II/112, 113 und § 165 HGB). Der Kompl ist der "Unternehmer", der Komm nur

(1) Ausschlußbericht S. 15.

(2) Zu der wirtschaftlichen Gegensätzlichkeit der Interessen der beiden Gesellschafter vgl. Schmalenbach S. 121 ff.

"Kapitalist"; und nur insoweit weicht die Stellung des Kompl von der eines OHG-Gesellschafters ab, als diese kapitalistische Beteiligung zu einer etwas abweichenden Art der Gewinnverteilung führt (§ 168 HGB gegenüber § 121 HGB).

III.) Die Stellung des Komm ist damit erheblich eingeschränkt. Er ist zwar als Gesellschafter Mitinhaber des Handelsgewerbes; aber bereits die Dokumentation dieser Inhaberschaft nach außen durch Aufnahme seines Namens in die Firmenbezeichnung ist ihm verboten (§ 19 IV HGB). Seine Mitwirkung bei der Verfolgung des Gesellschaftszweckes erschöpft sich im wesentlichen in der Leistung seiner Vermögenseinlage. Er hat den Mitgesellschaftern gegenüber die "bedungene Einlage" (§ 167 II HGB), allgemein als Pflichteinlage bezeichnet, in das Gesellschaftsvermögen einzubringen; er hat nach außen die finanzielle Verantwortung für das Unternehmen bis zur Höhe seiner Hafteinlage, der "bestimmten Vermögenseinlage" im Sinne des § 161 I HGB, zu tragen. Seine Berechtigungen aus dieser gesellschaftsrechtlichen Beteiligung bestehen hauptsächlich in seinem Anspruch auf Anteilnahme am Jahresgewinn (§ 168 HGB) und am späteren Liquidationserlös (§ 161 II/155 HGB). Die gesetzliche Regelung betont die vermögensrechtliche Seite des Gesellschaftsverhältnisses, sie vernachlässigt ihre verwaltungsrechtliche. So hat der von der Vertretung ausgeschlossene Komm in Geschäftsführungsfragen nach § 164 HGB nur bei ungewöhnlichen Geschäften ein Mitwirkungsrecht, während er im übrigen auf geringfügige Kontrollrechte beschränkt ist (§ 166 HGB). Das gesetzliche Wettbewerbsverbot des Kompl gilt demgemäß für ihn nicht (§ 165 HGB). Der Tod des Komm löst die Gesellschaft nicht auf (§ 177 HGB).

Andererseits bleibt der Komm doch Gesellschafter. Es stehen ihm über § 161 II HGB gleich einem Kompl die den Bestand der Gesellschaft betreffenden Mitverwaltungsrechte zu. Er hat bei diesbezüglichen Gesellschaftsbeschlüssen ein Stimmrecht (§ 119 HGB). Ferner kann er nach § 131 Ziff. 6 HGB die Gesellschaft kündigen bzw. nach § 133 HGB die Auflösung der Gesellschaft bei Vorliegen eines wichtigen Grundes durch gerichtliche Entscheidung verlangen. Die §§ 117, 127 und 140 HGB gewähren ihm die Befugnis, bei dem Entzug der einem Gesellschafter zustehenden

Geschäftsführungsbefugnis bzw. Vertretungsmacht sowie dem Ausschluß eines Gesellschafters aus der Gesellschaft mitzuwirken. Bestand die Gesellschaft im Falle des Ausschlusses nur noch aus zwei Gesellschaftern, so kann er nach § 142 HGB auf Übernahme des Geschäftes klagen (3). Bei der Auflösung der Gesellschaft ist er nach § 146 HGB Liquidator.

IV.) Die nachfolgende Einzelbetrachtung soll die abweichende Stellung des Komm noch näher herausstellen. Sie bezieht daher die Mitverwaltungsrechte des Komm nur insoweit in die Untersuchung ein, als diese die laufende Verwaltung der Gesellschaft, nicht den Bestand der Gesellschaft als solcher, betreffen (§ 2). Hinzu kommt weiter die vermögensrechtliche Stellung (§ 3) und die Stellung des Komm nach außen (§ 4).

§ 2 Die Mitverwaltungsrechte des Komm

Die verwaltungsrechtliche Stellung eines Gesellschafters in Bezug auf die laufende Verfolgung des Gesellschaftszweckes kommt in seiner Befugnis zur Geschäftsführung zum Ausdruck. Sie ist beim Komm stark beschränkt. § 164 HGB sieht seine Mitwirkung nur bei außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen vor; § 166 HGB gewährt ihm lediglich geringfügige Kontrollrechte.

I.) Nach § 164 HGB ist der Komm von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Er kann einer Handlung des Kompls nicht widersprechen, es sei denn, daß sie über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgeht. Dabei ist, abgesehen von den mehr auf tatsächlichem Gebiet liegenden Schwierigkeiten einer Abgrenzung des ungewöhnlichen vom gewöhnlichen Geschäft (1), strittig, wie sich diese Mitwirkung vollzieht.

(3) BGHZ Bd. 6 S. 113 f. (115).

(1) Vgl. hierzu grundlegend RGZ Bd. 158 S. 302 ff. (308): "Es kommt darauf an, ob eine Handlung nach ihrem Inhalt und Zweck über den Rahmen des Geschäftsbetriebes hinausgeht oder durch ihre Bedeutung und die mit ihr verbundene Gefahr eine Ausnahme darstellt"; ferner die Kommentare zu § 116 HGB.

Soll dem Komm bei ungewöhnlichen Maßnahmen lediglich ein Widerspruchsrecht zustehen, wie es der Wortlaut des § 164 HGB nahelegt, oder aber seine Zustimmung erforderlich sein? Die Streitfrage nimmt in fast allen einschlägigen Dissertationen (2) einen breiten Raum ein. Sie kann daher nachfolgend kurz behandelt werden.

Die überwiegende und seit ihrer Übernahme durch das Reichsgericht in Bd. 158 S. 302 ff. (307) als herrschend zu bezeichnende Auffassung hat sich für das Erfordernis der Zustimmung ausgesprochen (3). § 164 HGB behandle nur den Fall der "gewöhnlichen" Geschäfte; für außergewöhnliche Geschäfte komme daher über § 161 II HGB die Zustimmungsregelung des § 116 II HGB zum Zuge. Dies sei gerechtfertigt, da ein Grund, den Komm schlechter zu stellen als einen von der Geschäftsführung ausgeschlossenen OHG-Gesellschafter, nicht ersichtlich sei. Überdies würde ein Widerspruchsrecht dem Komm keine genügende Sicherheit gegen Gefährdung seiner Einlage durch Handlungen, welche über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgeschäfts hinausgehen, bieten, da der Kompl vor Ausführung seines Vorhabens dem Komm keine Kenntnis davon zu geben habe und ihn so vor vollendete Tatsachen stellen könne (4).

Diese Begründung ist in allen Punkten anfechtbar. Die Annahme der Gesetzgeber habe gleiches zweimal gesagt - nach der herrschenden Meinung ist Satz 2 des § 164 HGB nur eine Wiederholung des Inhalts des Satzes 1 - läßt sich nur halten, wenn eine andere Deutung der Interessenlage widerspricht. Aber gerade dies ist nicht der Fall. Der Grund, welcher eine unterschiedliche Behandlung von Komm und von der Geschäftsführung ausgeschlossenen OHG-Gesellschafter rechtfertigt, liegt in der verschiedenen Betroffenheit durch die Geschäftsführungsmaßnahmen. Der OHG-Gesellschafter haftet für sie unbeschränkt mit seinem ganzen Ver-

(2) Vgl. oben S. 4 FN 5.

(3) Schlegelberger-Geßler § 164 Anm. 3 mit weiteren Nachweisen; außer diesen noch Hueck "Ges.R." S. 91; Haupt-Reinhardt S. 83; Lehmann "GesR." S. 153.

(4) So die Argumentation des RG in Bd. 158 S. 307.

mögen, der Komm nur in Höhe seiner Einlage (5). Auch eine Gefährdung des Komm, vom Kompl übergangen zu werden, besteht nicht. Der Inhalt eines jeden Schuldverhältnisses steht unter dem Vorbehalt des § 242 BGB. Danach besteht für jeden Vertragspartner eine Verpflichtung, im Rahmen des Vertrages für das Vertragsziel des Gegners Sorge zu tragen, soweit dies nach Treu und Glauben erforderlich ist (6). Es handelt sich dabei im einzelnen um eine Frage der beiderseitigen Interessenabwägung. Ist die Mitwirkung eines Vertragspartners durch ein Interesse des andern geboten, ohne daß dadurch gleichzeitig ein eigenes Interesse verletzt würde, so verstöße es gegen Treu und Glauben, wenn die Mitwirkung versagt würde (7). Eine solche Situation ist im vorliegenden Fall gegeben. Der Komm ist auf die Mitteilung des Kompls angewiesen; dieser wird durch deren Gewährung nicht in eigenen Interessen beeinträchtigt, da das Gesetz ihm bei außergewöhnlichen Geschäften ja gerade keine freie Entschlußmöglichkeit einräumt. Der Kompl ist damit nach Treu und Glauben verpflichtet, vor Durchführung außerordentlicher geschäftlicher Maßnahmen dem Komm Mitteilung zu machen, um ihm Gelegenheit zum Widerspruch zu geben. Kommt er dieser Verpflichtung schuldhaft nicht nach, so macht er sich ersatzpflichtig. Der Komm ist durch ein Widerspruchsrecht ausreichend geschützt. Es besteht kein Anlaß, ihm entgegen dem Wortlaut des § 164 HGB ein Zustimmungsrecht einzuräumen (8).

Die Frage hat praktische Bedeutung in den Fällen, wo der Komm auf die Benachrichtigung von einer außergewöhnlichen geschäftlichen Maßnahme hin schweigt. Ist seine Zustimmung erforderlich, so muß das Schweigen grundsätzlich als Verweigerung der Zustimmung gelten. Nach der hier vertretenen Auffassung bedeutet es

(5) Vgl. auch § 166 II HGB, der den Komm ebenfalls schlechter stellt als einen von der Geschäftsführung ausgeschlossenen OHG-Gesellschafter.

(6) Vgl. RGZ Bd. 101 S. 47 ff. (49), wo dies für den Fall des § 1218 BGB ausgesprochen wird.

(7) RGZ Bd. 101 S. 49.

(8) Im Ergebnis ebenso Würdinger "Gesellschaften" S. 153, der die Benachrichtigungspflicht aus der gesellschaftlichen Treuepflicht ableitet; Boesebeck "Zur Auslegung des § 164 HGB" in JW 1939 S. 325; Ausschlußbericht S. 24.

jedoch eine Unterlassung des widerspruchs, so daß der Ausführung der Maßnahme nichts im Wege steht.

II.) § 166 I HGB gewährt dem Komm das Recht, abschriftliche Mitteilung der Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen. Es soll ihm ein Überblick über den Stand des Gesellschaftsvermögens und das Ergebnis der Geschäftsführung des letzten Jahres vermittelt werden (9). Dabei steht ihm dieses Recht nur persönlich zu. Er kann grundsätzlich keinen Dritten mit der Ausübung betrauen, wohl aber einen vertrauenswürdigen Sachverständigen zuziehen (10). Der Umfang der Prüfungsbefugnis erstreckt sich hierbei auf alle Bücher und Papiere der Gesellschaft, soweit sie zur Prüfung der Bilanz erforderlich sind. Es ist Aufgabe der Gesellschaft, darzulegen, daß die Einsichtnahme in bestimmte Bücher entbehrlich ist (11).

Während des Geschäftsjahres hat der Komm kein Recht auf Information (12). Der allgemeine Grundsatz, daß jeder, der eigene und zugleich fremde Geschäfte tätigt, der Auskunftspflicht unterliegt (13), wird durch § 166 II HGB ausgeschlossen. Desgleichen kommt § 810 BGB nicht zur Anwendung (14). Liegt jedoch ein wichtiger Grund vor, was stets unter Berücksichtigung der gesamten Umstände und der Interessenlage beider Vertragspartner zu prüfen ist, so kann der Komm durch einen Antrag bei Gericht Aufklärung und Büchervorlage erwirken (§ 166 III HGB). Zur Durchsetzung des Anspruchs steht ihm wahlweise der Klageweg vor den ordentlichen Gerichten oder das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach § 145 FGG offen (15).

(9) Deshalb wird es teilweise auch zu den Vermögensrechten gerechnet, vgl. Heinsheimer "Teilhaberschaft" S. 47.

(10) OLG Stuttgart in BB 56 S. 57; BGHZ Bd. 25 S. 115.

(11) BGHZ aaO Leitsatz 2;

(12) Ausnahme bei außergewöhnlichen Geschäften; vgl. oben S. 11.

(13) RGZ Bd. 73 S. 286 ff. (288).

(14) Schlegelberger-Geßler § 166 Anm. 10; Weipert § 166 Anm. 4.

(15) Schlegelberger-Geßler § 166 Anm. 15; bestritten.

§ 3 Die Vermögensrechte des Komm

I.) Die vermögensrechtliche Stellung eines Gesellschafters ist gekennzeichnet durch seine Beteiligung am Gesellschaftsvermögen und seine Anteilnahme am Jahreserfolg. Sie kommt zum Ausdruck in seinem Kapitalanteil (1). Dieser verkörpert den Wert seiner Beteiligung am Gesellschaftsvermögen. Er gibt Aufschluß, inwieweit das gesellschaftliche Gesamthandsvermögen den einzelnen Gesellschaftern wirtschaftlich zusteht. Damit bildet er das Maß für den Wert der gesellschaftlichen Beteiligung, indem er die Höhe des Auseinandersetzungsanspruchs bestimmt (§§ 161 II/155 HGB); zum andern gibt er auch die Grundlage für die Verteilung des Jahresgewinnes ab (§§ 121 I, 168 I HGB).

Die Höhe des Kapitalanteils eines Gesellschafters richtet sich nach seiner Einlage bei Beginn der Gesellschaft. Sie nimmt zu durch weitere Einlagen und den auf ihn entfallenden Gewinn, sie vermindert sich durch Entnahmen und den auf ihn entfallenden Verlust. Eine Grenze besteht begrifflich weder nach oben noch nach unten. Der Kapitalanteil kann über den Betrag der ursprünglich vorgesehenen Einlage hinaus anwachsen, er kann darunter absinken, ja sogar negativ werden.

II.) Auch die vermögensrechtliche Stellung des Komm knüpft an den Kapitalanteil an. Er bestimmt seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen, realisierbar in Form des Auseinandersetzungsanspruchs (§§ 161 II/155 HGB); er legt seinen Anteil am Jahreserfolg fest, indem § 168 HGB in Abs. 1 die Verzinsung des Kapitalanteils vorsieht und lediglich bezüglich des nach seiner Verzinsung verbleibende Gewinnrests sowie eines etwaigen Verlusts eine angemessene Verteilung bestimmt (§ 168 II HGB). Dennoch bestehen zwischen Komm und Kompl auch hinsichtlich ihrer vermögensrechtlichen Stellung Unterschiede. Während der Kapitalanteil des Kompls grundsätzlich frei variierbar ist (2) und in den Grenzen des § 122 I HGB seiner Disposition unterliegt, geht das Bestreben des Gesetzes beim Komm dahin, seinen Kapitalanteil bis zum Betrag der bedungenen Einlage aufzufüllen und ihn dann in dieser Höhe zu er-

(1) Zum Streit über die Rechtsnatur des Kapitalanteils vgl. eingehend Schlegelberger-Geßler § 120 Anm. 10. Die Streitsfrage ist hier ohne Bedeutung.

halten. Gewinnanteile dürfen nach § 167 II HGB dem Kapitalanteil nur solange zugeschrieben werden, bis dieser den Betrag der bedungenen Einlage erreicht. Weitere Gewinne müssen - soweit sie nicht entnommen werden - auf ein Privatkonto verbucht werden. Sie stellen eine Buchforderung des Komm an die Gesellschaft dar (3). Ein Entnahmerecht des Komm - entsprechend der Regelung für den Kompl in §§ 161 ¹⁴/122 HGB - schließt § 169 S. 1 HGB aus. Der Komm ist auf seinen Gewinnauszahlungsanspruch angewiesen. Dabei steht ihm ein solcher nach § 169 S. 2 HGB nur insoweit zu, als die bereits (voll oder teilweise) geleistete Pflichteinlage nicht durch Verlust herabgemindert ist bzw. durch die Auszahlung herabgemindert werden würde.

Eine Verminderung des Kapitalanteils - von Fällen einer vertraglichen Herabsetzung abgesehen - kann lediglich durch die Verlusttragungspflicht des Komm hervorgerufen werden. Der den Komm betreffende Verlust wird von seinem Kapitalanteil abgeschrieben (§§ 161 II/120 II HGB). Dabei kann sein Kapitalanteil auch negativ werden. Dies war lange Zeit streitig. Man glaubte, aus § 167 HGB, der in Abs. 3 bestimmt, daß der Komm am Verlust nur bis zum Betrag seines Kapitalanteils und seiner noch rückständigen Einlage teilnimmt, auch eine Beschränkung des Kapitalanteils nach unten - eine Beschränkung nach oben enthält Abs. 2 - entnehmen zu müssen (4). Nach heute herrschender Meinung (5) soll § 167 III HGB jedoch lediglich ausschließen, daß ein Komm, der bei Auflösung der Gesellschaft einen negativen Kapitalanteil hat, diesen Betrag - wie ein OHG-Gesellschafter bzw. Kompl (§§ 105 II HGB/705, 735 BGB) - zur Deckung des Verlustes an die Gesellschaft zu zahlen hat. Dagegen muß der Komm gemäß § 169 S. 2 HGB bei Fortführung der Gesellschaft einen Passivsaldo durch später gezogene Gewinne auffüllen. Nur die Beteiligung an einem

-
- (2) Gewinn und Verlust werden ohne Einschränkung dem Kapitalanteil zu- bzw. abgeschrieben; § 120 II HGB.
- (3) Schlegelberger-Geßler § 167 Anm. 6; damit vermitteln sie keine Beteiligung an der Unternehmenssubstanz.
- (4) Wieland I 746 Anm. 11; Lehmann-Ring § 167 Nr. 4.
- (5) Schlegelberger-Geßler § 167 Anm. 7; Ritter § 167 Anm. 4; Weipert § 167 Anm. 14; Flechtheim § 167 Anm. 4; Haupt-Reinhardt S. 84; Hueck "GesR." S. 92; Würdinger "Gesellschaften" S. 156.

endgültigen Verlust der Gesellschaft ist begrenzt durch die Höhe der Einlage, nicht auch die Anteilnahme am Jahresverlust. Dieses Ergebnis entspricht auch wirtschaftlichen Erfordernissen. Der Totalerfolg eines Unternehmens kann erst nach Abschluß der gesamten Tätigkeit durch Gegenüberstellung der Eröffnungs- und Schlußbilanz ermittelt werden. Die in den periodischen Erfolgsrechnungen ausgewiesenen Teilergebnisse stellen lediglich eine Antizipationen dieses Gesamterfolges dar. Sie sind - auch bei dynamischer Bilanzauffassung - abhängig von den Zufälligkeiten der Stichtagswahl. Erst aus der Summe der Teilergebnisse ergibt sich der betriebliche Gesamterfolg. Es ist daher vom wirtschaftlichen Standpunkt aus richtig, die Begrenzung der Verlustbeteiligung des Komm nur bei der Ermittlung des Gesamtergebnisses (im Falle einer Auseinandersetzung), nicht auch bei der der einzelnen Summanden (d. h. der Jahresergebnisse) maßgebend sein zu lassen.

§ 4 Die Stellung des Komm nach außen

I.) Sie ist nach der gesetzlichen Regelung eine bloße Innenstellung. Der Komm tritt nach außen nicht aktiv hervor. Dies kommt bereits in § 162 HGB zum Ausdruck. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung sind Name, Stand, Wohnort und der Betrag der Einlage des Komm ins Handelsregister einzutragen. Bekannt gemacht wird jedoch nur die Zahl der vorhandenen Komm (Abs. 2)(1). Hinzu kommt, daß der Komm gemäß § 170 HGB zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt ist, daß sein Name nach § 19 IV HGB nicht in der Firmenbezeichnung steht. Sein Kontakt zu Dritten steht unter der alleinigen Fragestellung, wieweit er für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet.

II.) Die rechtstechnische Gestaltung der Haftung: Für die Verbindlichkeiten der KG haftet einmal die Gesellschaft als solche (§§ 161 II/124 HGB), zum andern jeder einzelne Gesellschafter persönlich (§§ 161 II/128 HGB). Haftung der Gesellschaft be-

(1) Allerdings eröffnet die Möglichkeit der Einsichtnahme in das Handelsregister (§ 9 HGB) die Kenntnis Dritter von einer

deutet dabei Haftung des Gesellschaftsvermögens, Haftung der Gesellschafter dagegen deren Entstehen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit ihrem Privatvermögen (§§ 124 II, 129 IV HGB), und zwar gesamtschuldnerisch, persönlich, unmittelbar und, soweit die Kompl in Frage stehen, unbeschränkt, soweit sie die Komm betrifft, beschränkt auf die Höhe der Einlage (§ 171 I 1 HGB). Diese Haftung entfällt nun nach § 171 I 2 HGB für den Komm, soweit er seine Einlage geleistet hat. Unter Einlage ist hierbei die "bestimmte Einlage" des § 161 I HGB zu verstehen, d. h. also die für das Außenverhältnis maßgebende Haftsumme (die als solche ins Handelsregister eingetragen ist, vgl. § 162 I HGB). Den Gläubigern haften dann nur der Kompl und die Gesellschaft als solche, also das Gesellschaftsvermögen. Eine Haftung des Komm besteht lediglich mittelbar, da er - unabhängig davon, ob die Einlage (hier im Sinne von Pflichteinlage) geleistet ist - als Gesellschafter Mitträger des Gesamthandsvermögens ist. Entscheidend für eine unmittelbare Haftung des Komm ist damit die Leistung der Hafteinlage (2). Nur dann, wenn sie geleistet ist, kommt - von Sonderfällen wie § 176 HGB, dem Rechtsscheinserwägungen zugrunde liegen, abgesehen - eine gesamtschuldnerische, persönliche, unmittelbare, jedoch beschränkte Haftung in Frage (§ 171 I HGB), wobei aufgrund der Fiktion des § 172 IV HGB auch der Fall einer Rückzahlung der Einlage bzw. Herabminderung durch Gewinnentnahmen als Nichtleistung zu qualifizieren ist.

III.) Diese Gestaltung läßt es zweifelhaft erscheinen, worin das Wesen der Haftung des Komm liegt.

1.) Die Regelung des Gesetzes stellt in § 171 HGB zunächst die unmittelbare Haftung des Komm heraus (Satz 1). Sie läßt diese dann begrenzt sein durch die Höhe seiner Einlage, zum andern entfallen, soweit diese geleistet ist (Satz 2) und bleibt (§ 172 Abs. 4 HGB). Es kommt also auch für den Komm der unmittelbaren

Zugehörigkeit zur Gesellschaft; vgl. hierzu auch unten S. 109, 110 zu §§ 15 und 176 HGB.

(2) Dabei ist zu beachten, daß Haft- und Pflichteinlage sich grundsätzlich entsprechen werden, so daß mit Leistung der Hafteinlage auch die Pflichteinlage erbracht ist und umgekehrt. Vgl. hierzu Schlegelberger-Geßler § 161 Anm. 12.

persönlichen - wenn auch beschränkten - Haftung das Hauptgewicht zu (3). Der Umstand, daß im Regelfall der Komm seine Einlage geleistet hat, so daß seine Haftung entfällt und im Hinblick auf ihn nur die Gesellschaft mit ihrem Vermögen haftet, wird nicht berücksichtigt. Das Gesellschaftsvermögen ist nicht Haftungsgrundlage sondern hat allein die Funktion, die Betriebsführung zu ermöglichen (4). Es wird begründet im Interesse der Gesellschafter, nicht zur Sicherung der Gläubiger, obwohl diese in es vollstrecken können. Es ist Betriebskapital, geschaffen zur Erhaltung und Durchführung des Betriebes, zur Finanzierung von Beschaffung, Fertigung und Absatz, nicht Garantiekapital zu Gunsten der Gläubiger, wie das Vermögen der juristischen Personen. Es bestehen keine Bestimmungen über die Aufbringung und Erhaltung des Vermögens, wie etwa bei der AG die Vorschrift eines bestimmten Mindestkapitals, des Verbots des Einlagenerlasses und der Aufrechnung gegenüber der Einlagenverpflichtung, des Verbots der Einlagenrückzahlung und -Verzinsung, der Haftung bei Empfang verbotener Rückzahlung (5); vielmehr steht es den Gesellschaftern frei, ob und in welchem Umfange sie ein Gesellschaftsvermögen bilden wollen, wie sie es verwenden, wann sie es den einzelnen Gesellschaftern zurückzahlen. Die Sicherung der Gläubiger liegt nach der Vorstellung des Gesetzgebers in der persönlichen Haftung der Gesellschafter. Sie sind Träger der Gesellschaftsschulden und haben hierfür mit ihrem Privatvermögen einzustehen. Die Gläubiger können nicht verhindern, daß das Gesellschaftsvermögen durch Entnahmen oder Gehaltszahlungen von den Gesellschaftern verbraucht wird. Es steht ihnen nur der Zugriff auf das Privatvermögen - in diesem Fall auch auf das der Komm (§ 172 IV HGB) - offen.

(3) So eingehend Ausschlußbericht S. 51 ff. (53); ferner Pothoff-Zintzen S. 40.

(4) Ausschlußbericht aaO.

(5) Vgl. §§ 7, 52, 54, 56, 57 und 60 AktGes; dabei wird m. E. übersehen, daß gerade die Bestimmung des § 172 IV HGB dieser Regelung vergleichbar ist. So auch Brecher "Subjekt und Verband" in Hueck-Festschrift 1959 S. 233 ff. (253), der in der unbeschränkten Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB eine Parallele zur Außenhaftung des § 56 AktGes sieht.

2.) Diese Beurteilung der Art der Haftung des Komm vermag nicht zu überzeugen. Sie erscheint formalistisch, angelehnt an die gesetzestechnische Behandlung der Haftung und ist wohl auch aus dem Rückblick der Regelung der KG auf die OHG zu erklären. Sie wird der typischen Stellung des Komm nicht gerecht. Nicht die unmittelbare Haftung des Komm stellt den Regelfall dar sondern der Haftungsausschluß, d. h. die bloße mittelbare Haftung des Komm mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen. Die Haftung des Komm kann deshalb als Haftung mit einem Sondervermögen, nämlich dem von seinem übrigen Vermögen getrennten - vgl. die aus der gesamthänderischen Bindung fließenden Verfügungsbeschränkungen der §§ 161 II/105 II HGB/719 BGB - Anteil am Gesellschaftsvermögen, bezeichnet werden. Demgegenüber kommt der persönlichen Haftung des Komm, solange er seiner Einlagepflicht nicht nachgekommen ist bzw. die Einlage zurückerhalten hat, lediglich sekundäre Bedeutung zu. Es handelt sich hier ebenso wie bei den Vorschriften über die Gewinnentnahme, welche darauf abzielen, die Einlage möglichst in ihrer ursprünglichen Höhe zu erhalten, um eine Regelung, welche die Aufbringung der Einlage durch den Komm sichern soll (6). Die Haftung des Komm ist charakterisiert durch mittelbare Haftungsbeschränkung auf seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen (als Sondervermögen) und unmittelbaren Haftungsdurchgriff (persönliche Haftung), soweit der Anteil nicht aufgebracht wird oder bleibt. Sie rückt die Kommstellung damit ganz in die Nähe einer "kapitalistischen" Beteiligung. Desgleichen verliert das Gesellschaftsvermögen seinen ausschließlichen Charakter als Betriebskapital, nachdem Verfügungen des Komm seinen Haftungsausschluß (= die Haftungsbeschränkung auf das Sondervermögen) zu Gunsten einer persönlichen, auf die Höhe der Einlagepflicht beschränkten Haftung verdrängen.

§ 5 Wertende Betrachtung der Stellung des Komm

I.) Die Stellung des Komm ist durch einen doppelten Bezug ge-

-
- (6) Die in dieser Ableitung enthaltene Gleichsetzung von Haft- und Pflichteinlage rechtfertigt sich daraus, daß die gesetzliche Regelung, welche hier in ihrer Struktur untersucht wird, gerade davon ausgeht, daß beide Einlagen sich entsprechen. Vgl. oben S. 16 FN 2.

prägt, durch sein Verhältnis zur Gesellschaft und sein Verhältnis zum Unternehmen. Im Verhältnis zur Gesellschaft hat er die volle Stellung eines Gesellschafters inne. Er bestimmt in gleicher Weise wie ein Kompl Bestand und Organisation der Gesellschaft. Im Verhältnis zum Unternehmen fehlt dagegen diese gleichberechtigte Zuständigkeit (oben § 2 und § 3), was zur Folge hat, daß man den Kompl als "Unternehmer", den Komm als "Kapitalist" bezeichnet. Diese Gegenüberstellung trifft jedoch nur beschränkt zu. Unternehmen und Gesellschaft lassen sich nicht trennen, nachdem das Ziel der Gesellschaft der Betrieb des Unternehmens ist. Damit folgt aus der Gleichberechtigung in der Gesellschafterstellung, daß Kompl und Komm zusammen das Unternehmen betreiben, daß sie in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit Unternehmer sind.

Unternehmer ist, wem die Dispositionen zustehen, wem der Ertrag zufließt (1). Nach der gesetzlichen Regelung ist die Dispositionsbefugnis überwiegend beim Kompl, jedoch nicht ausschließlich. Der Komm hat nach § 164 HGB bei außergewöhnlichen Geschäften ein Widerspruchsrecht, er kann ferner nach § 117 HGB auf den Entzug der dem Kompl zustehenden Geschäftsführungsbefugnis hinwirken. Seine Mitwirkung auf dem Sektor der Disposition ist zwar beschränkt, sie genügt aber, um eine alleinige Bestimmung der Geschäftspolitik und damit eine alleinige Unternehmerstellung des Kompls zu verhindern. Dabei ergibt sich in der Praxis allerdings noch eine weitere Beschneidung der Mitunternehmerstellung des Komm durch die Beschränkung seiner Kontrollrechte. Der Komm hat während des Jahres grundsätzlich keinen Einblick in den Stand der Geschäfte (2). Es fehlt ihm die Kenntnis der Materie und damit weitgehend die Möglichkeit, von sich aus der

-
- (1) Nachdem außer bei juristischen Personen die Unternehmerstellung stets mit der Eigentümerstellung zusammenfällt und das Unternehmen damit nicht von "Managern" sondern von "Eigentumsunternehmern" (vgl. hierzu Guido Fischer "Allg. BWL" S. 50) geleitet wird, muß die Unternehmereigenschaft jedes Gesellschafters notwendig auch in seiner vermögensmäßigen Stellung zum Ausdruck kommen.
 - (2) Ebenso wie der stille Gesellschafter; auch hierin liegt ein wesentliches Manko, wenn man berücksichtigt, daß der Komm im Konkurs mit seiner Einlage haftet, während der Stille konkursgläubiger ist (§ 341 HGB).

Geschäftspolitik durch die ihm nach §§ 164 und 117 HGB zustehenden Befugnisse Richtung zu geben. Was die vermögensmäßige Stellung anlangt, so ist die Unternehmereigenschaft des Komm durch seine - im Verhältnis zum Kompl zwar eingeschränkte - Beteiligung an Erfolg und Substanz der Gesellschaft gewahrt.

Eine Rechtfertigung findet diese unterschiedliche Stellung in dem unterschiedlichen "Einsatz", den die Gesellschafter erbringen: persönliche Arbeit und Kapital beim Kompl, nur Kapital beim Komm. Entsprechend diesem Einsatz ist der Einfluß verteilt, wobei davon ausgegangen wird, daß Arbeit plus Kapital mehr wert und mit höherem Einfluß zu versehen seien als Kapital alleine (3).

Darüberhinaus ist vom Gesetz dadurch ein Ausgleich geschaffen, daß der Kompl zu seinem Einfluß das volle Unternehmerrisiko nach außen (Haftung) und innen (Verlustbeteiligung) trägt, während mit der "beschränkten Unternehmerstellung" des Komm auch nur eine beschränkte Haftung (§ 171 HGB) und Verlusttragung (§ 167 Abs. 3 HGB) verbunden wird.

II.) Die gesetzlichen Vorschriften, welche dem Komm diese Stellung zuweisen, stammen im wesentlichen noch aus der Mitte des vorigen Jahrhunderts. Das HGB von 1900 hat an den Regelungen des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches von 1861 nur wenig geändert. Die Bestimmungen sind damit zugeschnitten auf wirtschaftliche Verhältnisse, wie sie etwa vor 100 Jahren herrschten. Zu dieser Zeit kamen die hier in Frage stehenden Gesellschaftsformen (OHG und KG) im wesentlichen für Handelsbetriebe (Groß- und Einzelhandel) zur Anwendung, Betriebe mit meist geringem Eigenkapital, bei denen die Bedeutung der Kapitalausstattung erheblich hinter der der persönlichen Initiative und des persönlichen Einsatzes des Unternehmers zurückstand. Inzwischen hat sich dies geändert. Nach einer Betriebsstättenzählung per 13. 9. 1950 (4) gehören von 76.735 offenen Handels- und Kommanditgesellschaften - deren Anteil beträgt ca. 20 % - 34.301 dem produzierenden Gewerbe und 38.181 dem Handel an.

(3) Darüber, daß dies heute in Frage gestellt ist, vgl. nachfolgend II.

(4) Schmalenbach S. 95.

Im übrigen ist der Bedarf an Kapital auch bei Klein- und Mittelbetrieben, für die die Gesellschaftsform der KG hauptsächlich in Frage kommt, erheblich gewachsen. Die Konkurrenz mit den Großbetrieben zwingt sie zu zunehmender Mechanisierung. Die Anlagenintensität der Betriebe wächst; ja vielfach ist für die Konkurrenzfähigkeit am Markte nicht so sehr die Tüchtigkeit der Unternehmensleitung als vielmehr die neuzeitliche technische Ausrüstung, damit also die finanzielle Stärke des Unternehmens ausschlaggebend. Dies gilt nicht nur für die Produktions- sondern in steigendem Maße auch für die eigentlichen Handelsbetriebe. Die Folge dieser zunehmenden Bedeutung des Kapitals ist, daß die Kapitalgeber auch Einfluß auf die Unternehmensleitung zu gewinnen suchen. Es wird sich kaum ein Geldgeber finden, der, wie es die gesetzliche Regelung der KG vorsieht, Kapital unter nahezu vollkommenem Verzicht auf Information, Kontrolle oder Einflußnahme überläßt, um dazu im Falle der Rücknahme auch noch persönlich unmittelbar haftbar zu werden (§ 172 IV HGB). Es ist nicht damit getan, den Ertrag den Produktionsfaktoren Arbeit und Kapital entsprechend ihrem produktiven Beitrag zuzurechnen und zuzuteilen; vielmehr muß auch, entsprechend ihrer produktiven Bedeutung, der Einfluß der Träger dieser Produktionsfaktoren ausgerichtet werden.

III.) Es besteht somit zum Teil ein wirtschaftliches Bedürfnis, die Stellung des Komm anzuheben. Er soll aus seiner Abhängigkeit vom Kompl befreit werden. Dies kann nur dadurch geschehen, daß dem Komm in den Gesellschaftsverträgen ein erhöhter Einfluß eingeräumt wird. Die Befugnisse des Komm müssen erweitert werden und zwar als Ausfluß eines eigenen Rechts. Erforderlich ist eine Erweiterung seiner gesellschaftlichen Rechte (5). Damit scheidet die Möglichkeit, ihm die Erfüllung bestimmter Aufgaben - z. B. hinsichtlich der Geschäftsführung - durch Geschäftsbesorgungsvertrag zu übertragen aus der Betrachtung aus (6). Er leitet in

(5) Vgl. RGZ Bd. 110 S. 418.

(6) Zur Zulässigkeit eines neben dem Gesellschaftsverhältnis bestehenden Dienstvertrages zwischen Komm und KG vgl. Braude, Dissertation S. 26; Lehmann-Ring § 164 Nr. 5; Flechtheim § 164 Anm. 6 mit weiteren Hinweisen.

diesem Falle seine Rechte vom Kompl ab, sie können damit von diesem wieder entzogen werden (7).

Das Gesetz kommt dem Bedürfnis nach einer Erweiterung der Rechtsstellung des Komm entgegen. Es unterstellt das Verhältnis der Gesellschafter zueinander der Vertragsfreiheit (§ 163 HGB). Es hofft, auf diese Weise das Spannungsverhältnis zwischen Komm und Kompl zu überwinden und die Interessen der Gesellschafter gleichzurichten (8). Dabei wird, wie einleitend schon festgestellt, diese Möglichkeit in der Praxis zum Teil dazu genutzt, dem Komm eine herrschende Stellung in der Gesellschaft einzuräumen. Die Kompl, von Gesetzes wegen die geborenen Führer der Gesellschaft, werden in die Abhängigkeit der Komm gebracht. Es handelt sich um Fälle, die nicht auf eine bloße Anhebung der gesellschaftsrechtlichen Stellung des Komm aus einem wirtschaftlichen Bedürfnis heraus abzielen und daraus ihre Berechtigung finden. Vielmehr geht ihre Tendenz dahin, durch die Wahl der Rechtsform der KG unter Ausbau der Rechtsstellung des Komm diesem den Betrieb eines "eigenen" Unternehmens unter Beschränkung des Risikos auf das Gesellschaftsvermögen (Betriebskapital) zu ermöglichen.

Der folgende Abschnitt II befaßt sich damit, wie weit eine solche Gestaltung wirksam ist. Dabei werden die einzelnen Einflußbereiche und ihre Ausfüllung durch den Komm getrennt aufgezeigt und die Stellung des "herrschenden Komm", ihre Zulässigkeit und rechtliche Qualifizierung bestimmt.

(7) Eine Beschränkung der Entziehungsbefugnis kann nicht aus dem Umstand abgeleitet werden, daß die Geschäftsbesorgung im Zusammenhang mit der Gesellschafterstellung übertragen worden ist. Die Entscheidung BGHZ Bd. 17 S. 393 ff. (hierzu unten S. 94 f), wo dies für den Fall der Einräumung einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht auf den Komm ausgesprochen wurde, läßt sich nicht entsprechend heranziehen. Die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht ist notwendig Ersatz der dem Komm verschlossenen organschaftlichen Vertretungsbefugnis, während die Geschäftsführung dem Komm als eigenes Gesellschafterrecht übertragen werden kann.

(8) Ausschlußbericht S. 26.

Abschnitt II Der Ausbau des Einflusses des Komm bis
zur beherrschenden Stellung.

Kapitel I: Die Einflußnahme des Komm - allgemein -

§ 1 Ziel, Umfang und Art der Einflußnahme

I.) Aus den Fällen, in denen der Komm zur Stärkung seiner Stellung auf eine erhöhte Einflußnahme in der Gesellschaft drängt, werden - entsprechend dem Ziel der Arbeit - die herausgegriffen, in denen dieser Einfluß zu einem beherrschenden ausgebaut wird. Eine Beschreibung dieses Tatbestandes ist bereits oben (1) erfolgt. Der Komm herrscht, wenn das unter der Gesellschaft geführte Handelsgewerbe wirtschaftlich als sein Unternehmen betrieben wird. Dies setzt voraus, daß von ihm die Geschäftspolitik bestimmt wird, daß ihm der Erfolg der wirtschaftlichen Betätigung zufließt. Die herrschende Stellung des Komm ist damit in erster Linie ein wirtschaftlicher Tatbestand. Der Komm bedient sich zwar zur Durchsetzung dieser Ziele bestimmter vertraglicher Gestaltungen; diese sind jedoch nur ein Mittel zur Verwirklichung der wirtschaftlichen Interessen und es ist, wie sich noch zeigen wird, möglich, das gleiche wirtschaftliche Ziel "Einfluß" durch verschiedene rechtliche Formen zu erreichen (2).

Die Bestrebungen des Komm sind dabei noch durch ein zweites Ziel bestimmt. Es genügt ihm nicht, daß das Geschäft als sein Unternehmen betrieben wird. Vielmehr soll es trotz seiner wirtschaftlich herrschenden Stellung und der dadurch herbeigeführten Abhängigkeit des Kompls als KG weitergeführt werden, damit auf diese Weise sein Unternehmerrisiko auf die Höhe seiner Einlage begrenzt ist. Das wirtschaftliche Interesse der Risikobeschränkung verlangt hier eine bestimmte rechtliche Form und aus dieser notwendigen Verbindung folgt, daß der Komm versuchen wird, auch die Einflußnahme auf das Unternehmen als sol-

(1) Vgl. Einleitung S. 2; ferner S. 22.

(2) Unten S. 61.

ches (vorhergehender Absatz) im Einklang mit den Normen des Rechts der KG durchzuführen.

II.) Die Möglichkeit für den Komm, auf die Gesellschaft beherrschenden Einfluß zu nehmen, ist stets nur bei einem erheblichen finanziellen Übergewicht gegeben. Die KG ist Handelsgesellschaft und damit Erwerbsgesellschaft. In ihr wird wirtschaftlich gerechnet. Der Einfluß jedes Gesellschafters richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung seiner Beitragsleistung für die Erreichung des Gesellschaftszweckes. Kein Kompl räumt einem Komm einen erweiterten Einfluß ein, wenn dessen Kommanditeinlage für die Gesellschaft unbedeutend ist. Vielmehr ist, wie auch die Praxis zeigt, der Umstand, daß das Gesellschaftsvermögen ganz oder überwiegend vom Komm gestellt wird, die wirtschaftliche Grundlage seiner herrschenden Stellung. So sind die Typen a) und b) der "kapitalistischen KG" Boesebecks dadurch gekennzeichnet, daß in einen bereits existierenden Betrieb ein Kompl mit stets nur unwesentlicher Einlage "hereingenommen" wird, wobei dann bei Typ a) dem Kompl noch bestimmte Aufgaben verbleiben - er fungiert als Geschäftsführer - während er bei Typ b) nur hereingenommen wird, damit das Unternehmen unter Aufrechterhaltung der Haftungsbeschränkung des bisherigen Inhabers fortgeführt werden kann. Der finanziellen Überlegenheit (Abhängigkeit) des Komm (Kompls) folgt grundsätzlich auch seine gesellschaftliche. Allerdings muß das nicht stets gelten. Es gibt Fälle, wo die persönliche Mitarbeit des Kompls und seine Kenntnisse, Erfahrungen, Verbindungen, ihn für die Erreichung des Gesellschaftszweckes so wichtig machen, daß ihm trotz ausschließlicher oder fast ausschließlicher Stellung der finanziellen Mittel durch den Komm ein wesentlicher Einfluß auf die Geschäftsführung und eine ansehnliche Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens verbleibt. Der Wert der persönlichen Mitarbeit des Kompls entspricht hier der Bedeutung der finanziellen Ausstattung des Betriebes durch den Komm. Im Regelfall bedingt jedoch ein finanzielles Übergewicht des Komm auch sein gesellschaftliches. Die rechtliche Ausgestaltung folgt den wirtschaftlichen Machtverhältnissen. Der Komm beherrscht die Gesellschaft finanziell und gesellschaftsrechtlich.

III.) Das Mittel der Einflußnahme des Komm ist die vertragliche Erweiterung seiner Gesellschafterrechte unter gleichzeitiger Eindämmung bzw. Ausschaltung der Rechte des Kompls. Dabei war die Betrachtung bisher stets einseitig auf die Mitverwaltungsrechte und hier besonders auf die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ausgerichtet. Es wurde übersehen, daß jede Gesellschafterstellung notwendig durch zwei Bereiche, den personenrechtlichen (die Mitverwaltungsrechte) und den vermögensrechtlichen umrissen wird (3) und demgemäß die Einflußnahme auf die Stärkung der verwaltungs- und vermögensrechtlichen Position ausgerichtet werden kann. Es ist nicht damit getan, daß der Komm auf die laufenden Geschäfte einzuwirken sucht. Er kann zu dem in Fragen, die den Aufbau und Bestand der Gesellschaft betreffen, auf die Stärkung seines bzw. die Rückdämmung des Einflusses des Kompls hinwirken und gleichzeitig auch auf eine Stärkung der vermögensrechtlichen Stellung durch eine erweiterte Beteiligung an Ertrag und Substanz der Gesellschaft drängen. Die damit geschaffenen drei Einflußbereiche (Geschäftsführung, sonstige Mitverwaltungsrechte, Vermögensrechte) werden noch weiter aufgespalten, wenn man die Trennung von Innen- und Außenverhältnis berücksichtigt. Zwar hat grundsätzlich für die Frage des Einflusses das Innenverhältnis den Vorrang, nachdem die Erweiterung der Rechtsstellung auf das Verhältnis der Gesellschafter zueinander einwirkt. Trotzdem ist auch eine Einflußnahme im Außenverhältnis denkbar. So korrespondiert die Berechtigung zur Geschäftsführung im Außenverhältnis mit der Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, die überwiegende Zuständigkeit eines Gesellschafters hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens mit der Übernahme seines Namens in die Firmenbezeichnung. Es kann das Interesse des Komm somit darauf gerichtet sein, seinen Einfluß im Innenverhältnis auch nach außen zu dokumentieren, soweit dies ohne Gefährdung seiner Haftungsbeschränkung möglich ist.

(3) Über die Ableitung beider aus dem Wesen des Verbandes als einer Vergemeinschaftlichung des Willens und Vermögens siehe Heinsheimer "Teilhaberschaft" S. 21.

Damit ergeben sich folgende Einflußmöglichkeiten:

1.) im Innenverhältnis

- a) die Steigerung des Einflusses auf die Geschäftsführung;
- b) die Intensivierung der vermögensrechtlichen Stellung;
- c) der Ausbau der sonstigen Mitverwaltungsrechte;

2.) im Außenverhältnis

- a) die Übertragung der Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten;
- b) die Aufnahme des Namens des Komm in die Firmenbezeichnung.

IV.) Die Einflußnahme vollzieht sich zunächst dadurch, daß die Befugnisse der Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden. Er grenzt die Rechte der Gesellschafter zueinander ab und setzt damit das Maß für Abhängigkeit und Einfluß. Dies gilt stets, wenn die vertragliche Regelung auch praktisch vollzogen wird. Möglich ist jedoch auch, daß Vertrag und tatsächliche Handhabung voneinander abweichen. Die Verwirklichung des Gesellschaftsvertrages ist maßgeblich von der Persönlichkeit der einzelnen Gesellschafter geprägt. Gerade auf dem Gebiet der Geschäftsführung kommt es daher vor, daß ein Gesellschafter im Laufe der Zeit mehr Befugnisse ausübt, als ihm nach der Regelung im Gesellschaftsvertrag eigentlich zukommen. Die ständige Ausübung der Geschäftsführung verleitet zu einer Modifizierung, während bei den Vermögensrechten und den sonstigen Mitverwaltungsrechten, die grundsätzlich nur einmal jährlich bzw. überhaupt nur in Sonderfällen ausgeübt werden, schon daraus eine viel stärkere Bindung an die vertragliche Regelung erwächst. Allerdings schließt dieser "Singularitätscharakter" nicht aus, daß auch diese Befugnisse in der praktischen Handhabung von einzelnen Gesellschaftern mehr oder weniger, als der Vertrag vorsieht, ausgeübt werden können.

Für die Beurteilung des Einflusses des Komm ist es nun entscheidend, ob der vertraglichen Regelung oder der praktischen Ausübung die maßgebliche Bedeutung zukommt. Dabei gilt folgendes: Die Ausübung von Befugnissen, die im Gegensatz zur vertraglich niedergelegten Regelung steht, muß als Ausdruck einer eigenen Zuständigkeit unter Billigung der Mitgesellschafter er-

scheinen. Nimmt der Komm etwa eine Geschäftsführungsmaßnahme entgegen der vertraglichen Regelung vor und wird er deshalb nachträglich von den Mitgesellschaftern zur Rechenschaft gezogen, so ist die Vornahme der Handlung ganz offensichtlich kein Ausdruck eines gesteigerten Einflusses. Dies gilt auch, wenn die Mitgesellschafter ihm nur im Einzelfall oder vorübergehend, ohne Bindung für die Zukunft, entgegenkommen. Es genügt nicht, daß die vertraglich fixierte Regelung durch die tatsächliche Handhabung überspielt wird. Vielmehr muß aus der Duldung des Zustandes durch die Mitgesellschafter auf eine stillschweigende Billigung und damit stillschweigende Änderung der vertraglichen Regelung geschlossen werden können (4). Dabei kommt unter diesen Voraussetzungen auch dann einer tatsächlichen Handhabung eine Abänderungswirkung zu, wenn der Gesellschaftsvertrag für eine Änderung Schriftform vorsieht (§ 127 BGB). Nach § 125 S. 2 BGB hat zwar deren Nichtbeachtung bei der Änderung des Vertrages im Zweifel die Nichtigkeit der Abänderungsvereinbarung zur Folge; jedoch unterliegt auch die Bestimmung über die Einhaltung der Schriftform bei Vertragsänderungen der Disposition der Gesellschafter, so daß sie auf ihre Einhaltung verzichten können (5).

§ 2 Die Zulässigkeit der Einflußnahme

I.) Die Einflußnahme des Komm auf die Gesellschaft vollzieht sich durch die Gestaltung der Gesellschaftsverträge. Ihr zulässiger Umfang wird durch die Grenzen der Vertragsfreiheit bestimmt. Er steht unter dem Vorbehalt der §§ 134 und 138 BGB. Die Vereinbarungen dürfen nicht gegen zwingend vorgeschriebene gesetzliche Regelungen verstoßen (§ 134 BGB), sie haben dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zu entsprechen (§ 138 BGB), dürfen also insbesondere nicht dazu führen, daß der Kompl vom Komm ausgebeutet oder dessen Willkür ausgeliefert wird.

(4) Weipert § 164 Anm. 11 und Schlegelberger-Geßler § 115 Anm. 19, die auf die Möglichkeit einer stillschweigenden Änderung durch Duldung verweisen. Ebenso BayObLG in DJZ 1909 S. 91.

(5) RGZ Bd. 95 S. 175 gegen RG in Recht 1943 S. 487. Auch eine evtl. Formbedürftigkeit des Vertrages nach § 313 BGB ändert daran nichts, wenn der Vertrag durch Auflassung und Eintragung erfüllt ist. Abänderungen sind dann formfrei, weil ein Vertrag

Im einzelnen ist zwischen Innen- und Außenverhältnis zu unterscheiden.

II.) Die Regelung des Außenverhältnisses ist starr. Der Komm tritt nach außen nicht aktiv in Erscheinung. Repräsentant der Gesellschaft ist der Kompl und das Gesetz sieht auch keine Möglichkeit vor, diese Stellung dem Komm zu übertragen. Wollen die Gesellschafter im Rechtsverkehr als KG auftreten, so müssen sie die typische Außengestaltung der KG - unbeschränkte Haftung, organschaftliche Vertretung und Firmenbildung durch den Kompl; beschränkte Haftung, fehlende organschaftliche Vertretung und fehlende Mitwirkung bei der Firmenbildung seitens des Komm - hinnehmen. Die Vertragsfreiheit ist durch die zwingend vorgeschriebene Regelung des Außenverhältnisses beschränkt. Die Gesellschafter können nur darüber befinden, ob sie als KG im Rechtsverkehr auftreten, nicht auch, wie sie auftreten. Einer Änderung der Zuständigkeitsverteilung nach außen steht § 134 BGB entgegen (1).

Für eine weitere Beschränkung der vertraglichen Regelungen durch § 138 BGB ist darüberhinaus kein Raum.

III.) Die gesetzliche Ausgestaltung des Innenverhältnisses gilt nach § 163 HGB lediglich subsidiär, zur "Ergänzung eines nicht im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich oder stillschweigend zum Ausdruck gekommenen anderen Willens der Gesellschafter" (2). Die gesellschaftlichen Mitwirkungs- und Vermögensrechte können in verschiedenem Maße auf die einzelnen Gesellschafter verteilt werden. Es ist möglich, einzelnen Gesellschaftern - Kompl oder/und Komm - eine Vorrangstellung einzuräumen (3). Es besteht grundsätzlich vollkommene Vertragsfreiheit, eingeschränkt lediglich durch das Gebot der Wahrung der guten Sitten (§ 138 BGB) und die zwingende Regel des § 133 III HGB.

mit einer noch offenen Übereignungspflicht nicht mehr besteht.
Palandt § 313 BGB Anm. 10 a.E.

(1) Wieland I S. 501; Schlegelberger-Geßler § 170 Anm. 1.

(2) Weipert § 163 Anm. 1.

(3) Dem steht der sog. Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter (vgl. hierzu RGZ Bd. 151 S. 326) nicht entgegen, da dieser durch den Vorbehalt des Gesellschaftsvertrages relativiert ist.

Gewisse Zweifel tauchen allerdings auf. Es ist fraglich, ob nicht - ähnlich der Regelung des Außenverhältnisses - eine weitere Beschränkung dadurch besteht, daß der Typ der KG auch im Innenverhältnis zumindest in seinen wesentlichen Strukturprinzipien (führende Stellung des Kompls entsprechend seiner unbeschränkten Haftung) erhalten bleiben muß, so daß eine dagegen verstoßende Gestaltung unzulässig ist (§ 134 BGB).

1.) Das Gesetz selbst gibt keinen eindeutigen Hinweis. § 163 HGB, der die gesetzliche Regelung im Innenverhältnis nur hilfsweise zur Anwendung bringt, spricht zunächst gegen eine solche Beschränkung. Hätte der Gesetzgeber eine bestimmte Machtverteilung unter den Gesellschaftern erhalten wollen, so hätte das zum Ausdruck gebracht werden müssen (4). Andererseits kann jedoch auch angenommen werden, daß die völlige "Denaturierung" (5) des gesetzlichen Typs vom Gesetzgeber nicht vorausgesehen war und insoweit eine Lücke im Gesetz besteht.

2.) Klar ist die Stellungnahme der Rechtsprechung. Das Reichsgericht hat schon in der Entscheidung vom 1. 3. 1893 (6) die Auffassung des Berufungsgerichts, nach welcher Verträge "gegen da. Wesen der KG verstoßen" sollten, "weil die Geschäftsführung des persönlich haftenden Gesellschafters in unzulässiger Weise eingeschränkt und von den Anweisungen des Komm abhängig gemacht sei" ausdrücklich als "rechtsirrtümlich" zurückgewiesen. Inhaltliche Schranken für die vertraglichen Vereinbarungen der Gesellschafter in Form eines Verbotes der "Denaturierung", oder positiv formuliert, eines Gebotes der Erhaltung des Typs, bestehen nicht. Auch die Entscheidungen, die sich mit einer sog. kapitalistischen KG befassen (7), gehen davon aus, daß die vertragliche Regelung, welche dem Komm den maßgeblichen Einfluß einräumt, zulässig und wirksam ist.

(4) Vgl. hierzu auch Ausschukbericht S.30f., der den Reformvorschlägen über eine bestimmte Mindestbeteiligung des Kompls ablehnend gegenübersteht.

(5) Der Ausdruck stammt von Lehmann "GesR" S. 334.

(6) Bd. 31 S. 72 ff.

(7) Vgl. RGZ Bd. 169 S. 105; BGHZ Bd. 6 S. 113 und Bd. 18 S. 353.

3.) Auch nach der Literatur ist eine Abwandlung des Innenverhältnisses uneingeschränkt zulässig. Dies wird besonders deutlich bei den Autoren, die erwägen, ob die Änderung des Innenverhältnisses nicht Auswirkungen auf die Haftung auslösen müsse (8). Man argumentiert, daß eine Machtverschiebung zugunsten des Komm zu einem Konflikt mit der Haftungsregelung führe, löst den Konflikt aber nicht dadurch, daß man die ihn auslösende Änderung des Innenverhältnisses für unzulässig erklärt, sondern sucht aus der als wirksam zugrunde gelegten Regelung die ihr gemäßen Rechtsfolgen abzuleiten. Lediglich bei Müller-Erzbach und Lehmann klingt der Gedanke einer Beschränkung der Vertragsfreiheit an. Er wird begründet aus dem Interesse der Allgemeinheit an einer verantwortungsbewußten Leitung des Unternehmens (Müller-Erzbach) (9) und aus dem Leitgedanken des Gesellschaftsrechts, daß der Macht über das Unternehmen die Verantwortung zu entsprechen habe (Lehmann). Dabei sieht Lehmann in einem Verstoß gegen diesen Leitgedanken einen Rechtsmißbrauch, der nicht anerkannt werden könne (10). Erstaunlicherweise läßt er jedoch dann trotz der grundsätzlichen Beschränkung der Vertragsfreiheit durch diese "Schranken aus besonderen Haftungs- und gesellschaftsrechtlichen Rücksichten" einen Ausbau der Rechtsform, der den gesetzlichen Typ denaturiert, zu und hält es nur "in krassen Fällen" für denkbar, "schon die Wahl der Rechtsform angesichts der Begleitumstände als mißbräuchlich zu kennzeichnen" (11).

4.) Was die Thesen von Macht und Verantwortung und den Interessen der Allgemeinheit an einer verantwortungsbewußten Leitung anlangt, so wird auf sie bei der Untersuchung der Auswirkungen der Einflußnahme auf die Haftung einzugehen sein (12). Hier sei lediglich zu der Argumentation Stellung genommen, die Ausgestal-

(8) Vgl. unten S. 124 ff.

(9) Müller-Erzbach in JZ 1956 S. 705 ff., 708: "§ 163 HGB gewährt den Gesellschaftern einer KG nicht das Recht, das Innenverhältnis ganz nach ihrem Belieben zu gestalten, denn es kann eine Regelung des Innenverhältnisses maßgebend in Interessen außenstehender Dritter eingreifen, über welche die Gesellschafter nicht verfügen können".

(10) Lehmann "GesR" S. 54; ferner S. 331 ff., 333 unter Heranziehung der Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Geltung der Verkehrssitte (RGZ Bd. 112 S. 321; Bd. 135 S. 345), wonach

tung des Innenverhältnisses könne - wegen Verletzung dieser Grundsätze - einen Mißbrauch der Rechtsform darstellen und deshalb unzulässig sein.

Die Rechtsfigur des Mißbrauchs der Rechtsform setzt eine mögliche Diskrepanz von Form und Inhalt voraus. Sie wurzelt in dem Spannungsverhältnis zwischen der Individualität des konkreten Falles und der Generalisierung der abstrakten Norm (13). Das Wesen des Rechtsmißbrauchs liegt darin, daß die Berufung auf eine bestimmte äußere Gestaltung versagt wird, weil diese den wirklichen Verhältnissen (Innenverhältnis, wahre Absichten der Beteiligten etc.) nicht entspricht. Er verlangt, daß eine bestimmte Gestaltung "geltend gemacht" wird und der Sachverhalt nach den tatsächlichen Verhältnissen anders liegt, als diese "Geltendmachung" es zum Ausdruck bringt. Damit entfällt hier für einen Mißbrauch der Rechtsform der Ansatz. Die Gestaltung des Innenverhältnisses soll nur unter den Parteien selbst wirken. Sie ist nicht dazu bestimmt, nach außen kundgetan zu werden, so daß mit dieser fehlenden "Geltendmachung" der Rüge des Mißbrauchs der Boden entzogen ist. Das Verhältnis der Gesellschafter zueinander kann - im Verhältnis zu Dritten, worauf Lehmann und Müller-Erzbach durch die Berufung auf die Verkehrssicherheit und die Interessen der Allgemeinheit abstellen - nicht mißbräuchlich sein. Anders das Außenverhältnis. Hier ist es denkbar, daß in dem Auftreten als KG ein Mißbrauch der Rechtsform liegt, wenn die Übereinstimmung mit dem Innenverhältnis fehlt(14).

vertragliche Abmachungen keinesfalls wesentliche Gerechtigkeits- und Ordnungsgedanken einer Einrichtung auf Kosten der Verkehrssicherheit in ihr Gegenteil verkehren dürften.

(11) Lehmann aaO. S. 334; vgl. ferner Müller-Erzbach aaO., wonach in der Einflußnahme "sogar ein Mißbrauch des Rechts der KG liegen könne", wenn sie die Einwirkung des Gemeinschaftsinteresses und der Vollhaftung auf die Geschäftsführung unterbindet und damit die Gewähr ausschließt, welche das Recht durch das Eingreifen des Verantwortungsbewußtseins bietet.

(12) Unten S. 124 ff. (128 f.).

(13) Vgl. hierzu H. Rüdy, Diss. S. 59, der den Rechtsmißbrauch als "Verstoß gegen das Gebot der Ökonomie unter Ausnützung der durch die

(14) Vgl. unten S. 122. Typisierung geschaffenen Lage" kennzeichnet.

5.) Damit steht die Ausgestaltung des Innenverhältnisses den Gesellschaftern frei. Sie ist lediglich begrenzt durch §§ 138 und 134 BGB, wobei jedoch den in der gesetzlichen Regelung erkennbaren Strukturprinzipien nicht die Bedeutung einer zwingenden Gestaltung zukommt. Unerheblich für die Zulässigkeit (und damit Wirksamkeit) der Vereinbarungen ist insbesondere auch, ob die Regelung des Verhältnisses der Gesellschafter zueinander noch die wesentlichen Erfordernisse einer Kommanditgesellschaft (§§ 161 I HGB mit 705 BGB) aufweist (15). Ist dies nicht der Fall, so handelt es sich eben im Innenverhältnis nicht mehr um eine KG sondern um ein Gebilde anderer Art (16). Damit hat sich die Prüfung der Vereinbarungen nicht nur auf ihre Wirksamkeit sondern gleichzeitig auch darauf zu erstrecken, wie sie zu qualifizieren sind.

Kapitel II: Die Einflußnahme des Komm im Innenverhältnis

Für die Einflußnahme des Komm kommt der Regelung des Innenverhältnisses die entscheidende Bedeutung zu. Der Komm will seine Unternehmerstellung stärken, zum Teil eine alleinige Unternehmerstellung begründen. Dies erfordert, daß ihm die maßgeblichen Entscheidungen zukommen, daß ihm der Wert des Unternehmens zuwächst, beides Tatbestände, die sich im Innenverhältnis der Gesellschaft vollziehen. Demgegenüber ist die Stellung nach außen von minderer Wichtigkeit. Es genügt für den Einfluß des Komm, wenn aufgrund seiner inneren Machtstellung der Vollzug seiner Maßnahmen durch abhängige Organe gesichert ist.

Die Einflußnahme des Komm bzw. die Ausschaltung des Kompls vollzieht sich in den Bereichen Geschäftsführung, Vermögen und gesellschaftliche Organisation. Dabei ist sie primär auf die beiden erstgenannten Bereiche ausgerichtet, nachdem sie das Ziel

(15) Schlegelberger-Geßler § 163 Anm. 2; Flechtheim § 163 Anm. 1.

(16) Vgl. RGZ Bd. 31 S. 79 ff.

der Einflußnahme unmittelbar betreffen. Die Einwirkung auf die Zuständigkeiten im Bereich der gesellschaftlichen Organisation erfolgt zusätzlich zur Verstärkung und Abrundung des bereits erreichten Einflusses.

§ 1 Die Einflußnahme auf die Geschäftsführung

I.) Gegenstand der Einflußnahme:

1.) Geschäftsführung ist jede auf die Verfolgung des Gesellschaftszwecks gerichtete Tätigkeit, bei der KG also alles, was der Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt. Hierzu gehören, wie Hueck ausführt (1), nicht nur der Abschluß von Rechtsgeschäften sondern genau so auch Verrichtungen tatsächlicher Art wie die Leitung der Produktion, die Organisation des Absatzes, die Führung der Bücher, die Erledigung der Korrespondenz, die Aufstellung der Bilanzen. Diese Aufzählung ist wertvoll, weil sie der Gefahr begegnet, stets nur in juristischen Kategorien zu denken und das praktische Geschehen zu übersehen. Andererseits vermittelt sie jedoch keinen Einblick in das Wesen der Geschäftsführung, der zur Bestimmung eines herrschenden Einflusses eines Gesellschafters unerläßlich ist.

Die Geschäftsführung umfaßt - im Sinne der Betriebswirtschaftslehre gesprochen - die betrieblichen Funktionen der Leitung und Verwaltung. Sie hat die Planung, Organisation und Kontrolle der betrieblichen Maßnahmen zum Inhalt. Dabei liegt das entscheidende Gewicht auf der Planung, d. h. der Bestimmung und Koordinierung der betrieblichen Maßnahmen. Geschäftsführung ist Disposition (2). Die Ausführung der Maßnahmen im Rahmen der betrieblichen Organisation und ihre Kontrolle sind ihr gegenüber nur abgeleitete Funktionen.

Damit ist der Einfluß eines Gesellschafters auf die Geschäftsführung daran zu messen, wie weit die geschäftlichen Dispositionen von seiner Willensentschließung abhängig sind. Nicht ~~wer~~

(1) "OHG" S. 70.

(2) Vgl. Gutenberg "Grundlagender Betriebswirtschaftslehre" Bd. I, der die Geschäftsführung als "dispositiven Faktor" bezeichnet.

die Produktion leitet (im Sinne von "vollzieht") ist wirklicher Geschäftsführer, sondern wer ihre Art und ihren Umfang anordnet, nicht wer die Bücher führt und die Bilanzen erstellt, sondern wer die Höhe der Abschreibungen, den Umfang der Rückstellungen etc. bestimmt, nicht wer die Rechtsgeschäfte abschließt sondern wer die abzuschließenden Rechtsgeschäfte benennt. Man denkt bei Geschäftsführung meist an den technischen Ablauf der Geschäfte, daran, wie die Verwaltungs- (= Vollzugs-) Aufgaben der Gesellschaft auf die Gesellschafter verteilt sind, nicht aber auch daran, in welcher Weise die Geschäftspolitik festgelegt wird.

2.) Die Geschäftsführung ist abzugrenzen von der Vertretung und von den Handlungen, welche die Grundlagen der Gesellschaft und das Verhältnis der Gesellschafter zueinander betreffen.

a) Die Vertretungsbefugnis ist das Korrelat der Geschäftsführungsbefugnis. Sie ermöglicht die Übersetzung der Geschäftsführungsmaßnahmen in das Außenverhältnis. - Die Geschäftsführungsmaßnahmen bestehen aus Dispositionen und Vollzugshandlungen. Während erstere lediglich auf Willensentscheidungen des geschäftsführenden Gesellschafters beruhen, ist für den Vollzug der Maßnahmen vielfach die Mitwirkung Dritter (Angestellter, Kunden, Lieferanten) erforderlich. Der Geschäftsführer tritt an Personen, die außerhalb der Gesellschaft stehen, heran; seine Handlungen, welche intern zur Geschäftsführung rechnen, bedeuten nach außen hin eine Vertretung der Gesellschaft. Sie sind nur wirksam, wenn sie durch eine entsprechende Vertretungsbefugnis des geschäftsführenden Gesellschafters gedeckt sind. Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis sind zwei selbständige Rechte. Sie brauchen nicht zu korrespondieren. Einem Gesellschafter kann Vertretungsmacht ohne Geschäftsführungsbe-
fugnis (3) oder Geschäftsführungsbefugnis ohne Vertretungsmacht zustehen. Gerade die letzte Möglichkeit hat auch für die Praxis

(3) Zweifelnd Buchwald in DB 1957 S. 109 mit dem Hinweis, daß dann jede Vertretungshandlung zur vertragswidrigen Geschäftsführungshandlung werde; vgl. jedoch Dölle in Gruch Beitr. Bd. 68 (1927) S. 492 ff., der im Anschluß an Hohfeld nachweist, daß es ein rechtliches Können ohne rechtliches Dürfen und ein rechtliches Dürfen ohne ein rechtliches Können gibt; ferner Hueck "OHG" S. 190 FN 70.

Bedeutung (4). Es genügt für den Einfluß eines Gesellschafters, wenn ihm die wesentlichen Entscheidungen vorbehalten sind. Kraft dieses Rechts kann er den vertretungsberechtigten Mitgesellschaftern gegenüber den Vollzug seiner Beschlüsse anordnen. Eine eigene Vertretungsbefugnis ist entbehrlich, da die Weisung gegenüber den Mitgesellschaftern keine Außenhandlung der Gesellschaft darstellt.

b) Durch die Beschränkung der Geschäftsführungsmaßnahmen auf Akte, welche zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks erforderlich sind, sind diese gleichzeitig von den übrigen Mitverwaltungsrechten abgegrenzt. Nicht zur Geschäftsführung gehören Maßnahmen, welche die Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses oder das Verhältnis der Gesellschafter zueinander betreffen (5), wie etwa die Änderung des Gesellschaftsvertrages, der Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis einzelner Gesellschafter, die Aufnahme neuer und der Ausschluß bisheriger Gesellschafter, die Auflösung der Gesellschaft. Zu ihrer Vornahme ist, so weit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht, die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich.

II.) Die zur Einflußnahme führenden Regelungen:

Die Einflußnahme auf die Geschäftsführung kann auf verschiedene Weise erfolgen. Es kann hierbei nicht Sinn der Darstellung sein, alle nur erdenklichen Mitwirkungsmöglichkeiten aufzuzeigen. Es genügt, wenn die typischen Arten dargestellt werden. Nach der äußeren Form der Regelungen ist zwischen mittelbarer und unmittelbarer Einwirkung des Komm auf die Geschäftsführung zu unterscheiden. Im ersten Fall verbleibt die Geschäftsführungsbefugnis grundsätzlich beim Kompl, der jedoch in seinen Entschlüssen mehr oder weniger vom Komm abhängig ist; im zweiten Fall wird den Komm neben oder unter Ausschluß des Kompl eine eigene Geschäftsführungsbefugnis eingeräumt.

1.) Die Fälle mittelbarer Einflußnahme auf die Geschäftsführung:
Die geringfügigste Art, in der die Mitwirkung des Komm bei der

(4) Vgl. die Fälle der typischen kapitalistischen KG (Boesebecks Typ a), wo regelmäßig der Kompl von den Weisungen der Kommversammlung, der selbst keine Vertretungsmacht zusteht, abhängig ist.

(5) Hueck "OHG" S. 70.

Geschäftsführung erweitert werden kann, ist die Umwandlung seines ihm nach § 164 II HGB bei ungewöhnlichen Geschäften zustehenden Widerspruchsrechts (6) in ein Zustimmungsrecht. Sein Schweigen auf eine ungewöhnliche Maßnahme bedeutet dann Ablehnung und nicht Billigung, wie im Falle eines Widerspruchsrechts. Verstärkt wird der Einfluß des Komm, wenn der Kreis dieser Geschäfte auch auf solche, die zum gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes gehören, ausgedehnt wird (7). So etwa, wenn er bei der Anschaffung von Gegenständen, die bestimmte Wertgrenzen überschreitet, zuzustimmen hat oder wenn die Einstellung von leitenden Angestellten, der An- und Verkauf von Immobilien, die Inanspruchnahme von Krediten über einer bestimmten Höhe, an seine Zustimmung gebunden wird (8). Je umfangreicher dieser Katalog, desto stärker ist dabei sein Einfluß bzw. die Abhängigkeit des geschäftsführenden Kompls. Dabei kann an die Stelle einer positiven Aufzählung der zustimmungsbedürftigen Geschäfte der Kompl auch generell an die Zustimmung des Komm gebunden sein mit der Maßgabe, daß diese bei bestimmten Geschäften entbehrlich ist. Diese Einschränkung kann jedoch auch fehlen. Der Kompl hat dann zu sämtlichen Geschäftsführungsmaßnahmen die Zustimmung des Komm einzuholen. Dabei wird diese selbstverständlich, um die Geschäftsführung nicht zu lähmen, für bestimmte Geschäfte im voraus erteilt.

Das für eine Beurteilung des Einflusses entscheidende Moment dieser Gestaltung liegt darin, daß zu allen Geschäftsführungsmaßnahmen Komm und Kompl zusammenwirken müssen. Der äußeren Form nach steht dem Kompl zwar die Geschäftsführungsbefugnis noch allein zu, der Sache nach aber ist auch der Komm bereits geschäftsführender Gesellschafter, wobei sich seine Geschäftsführungstätigkeit allerdings nur auf den Dispositions- und nicht auch auf den Vollzugsbereich (der allein vom Kompl ausgefüllt wird) erstreckt. Die Regelung ist vergleichbar der Kollektivgeschäftsführung mit der Einschränkung, daß im Unterschied zu dieser das Zusammenwirken auf den dispositiven Sektor beschränkt

(6) Vgl. oben S. 10, 11.

(7) Vgl. RGZ Bd. 31 S. 73.

(8) Weitere Beispiele bei Schmalenbach S. 125.

bleibt. Die Maßnahmen werden bestimmt von Kompl und Komm, ausgeführt vom Kompl allein.

Schließlich kann der mittelbare Einfluß dadurch noch stärker erweitert werden, daß der Kompl "gegenüber dem Komm in allen Stücken an dessen Zustimmung und Weisung gebunden ist" (9). Der Komm kann hier die Führung der Geschäfte nicht nur durch Verweigerung seiner Zustimmung korregieren sondern auch durch die Erteilung von Weisungen positiv bestimmen. Der Kompl ist nur noch formell Geschäftsführer. Er ist auf die Verwaltung, d. h. die Durchführung der Entscheidungen des Komm im Rahmen der betrieblichen Organisation beschränkt. Die Leitung liegt beim Komm.

2.) Die Fälle unmittelbarer Einflußnahme auf die Geschäftsführung: Dem Komm wird in diesen Fällen im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich ein eigenes Recht (10) zur Geschäftsführung eingeräumt (11). Dieses kann ihm neben anderen geschäftsführungsberechtigten Gesellschaftern oder allein zustehen. Dabei ist sein Einfluß in all den Fällen, wo gleichzeitig weitere geschäftsführende Gesellschafter vorhanden sind, durch deren konkurrierende Geschäftsführungsbefugnis beschränkt. Dies gilt z. B. für Verträge, in denen die Geschäftsführungsbefugnis der Gesellschafter auf bestimmte Teilgebiete begrenzt ist, etwa dem Komm die kaufmännische, dem Kompl die technische Leitung der Firma zusteht (12). Zu diesen sachlichen Grenzen können ferner funktionelle Schranken kommen in dem Sinn, daß der Komm nur zusammen mit einem weiteren Gesellschafter zu Geschäftsführungsmaßnahmen befugt ist (Kollektivgeschäftsführung). Doch selbst dann, wenn ihm die Befugnis zur Geschäftsführung ohne nähere Bestimmung übertragen wurde, ist sein Einfluß noch beschränkt. Zwar steht ihm dann grundsätzlich Alleingeschäftsführungsbefugnis zu (§ 114 I HGB); seine Dispositionsfreiheit ist jedoch einmal begrenzt auf gewöhnliche Geschäfte (§ 116 I HGB),

(9) RG in LZ 1908 S. 535 Nr. 4.

(10) Darüber, daß diesem Recht nicht stets eine Pflicht zur Geschäftsführung entsprechen muß vgl. RG in Recht 1910 Nr. 295.

(11) Schlegelberger-Geßler § 164 Anm. 9; Flechtheim § 164 Anm. 6 unter Hinweis auf RGZ Bd. 31 S. 39 und 73.

(12) So der Fall des OLG Bamberg in OLG Bd. 3 S. 277.

zum andern stark eingeengt dadurch, daß seine Entscheidungen unter dem Widerspruchsvorbehalt des außer ihm zur Geschäftsführung befugten Kompls stehen (§ 115 HGB). Die Vermutung des § 114 II HGB, wonach die Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis auf einen Gesellschafter den Ausschluß der übrigen von der Geschäftsführung beinhaltet, gilt hier nicht. Während bei der OHG die Übertragung der Geschäftsführung auf einen Gesellschafter nur den Sinn haben kann, daß die übrigen, die ja an sich nach § 114 Abs. I HGB auch zur Geschäftsführung berufen sind, von dieser ausgeschlossen sein sollen, kann die Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis auf einen Komm auch bedeuten, daß ihm die ihm von Gesetzes wegen nicht zustehende Geschäftsführungsbefugnis neben dem zur Geschäftsführung berufenen Kompl eingeräumt wird (13). Maßgeblicher unmittelbarer Einfluß kommt dem Komm damit grundsätzlich nur dann zu, wenn er zum alleinigen Geschäftsführer bestellt ist. Dies kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen, wobei für letzteres wegen der hier nicht geltenden Vermutung des § 114 II HGB besondere Anhalte vorliegen müssen. Der Kompl hat in diesen Fällen die Stellung eines von der Geschäftsführung ausgeschlossenen OHG-Gesellschafters. Doch kann auch sein Recht auf Zustimmung bei ungewöhnlichen Geschäften (§ 116 II, III HGB) teilweise oder ganz vertraglich ausgeschlossen werden (14).

Die Einräumung der Geschäftsführungsbefugnis auf den Komm bzw. der Ausschluß des Kompls von der Geschäftsführung werden, wie auch die sonstigen Regelungen der Geschäftsführung, nicht in das Handelsregister eingetragen (15).

3.) Neben der mittelbaren und unmittelbaren Einwirkung auf die Geschäftsführung ist noch eine dritte Art der Einflußnahme möglich, die man als "latente" bezeichnen kann. Sie kommt andeutungsweise zum Ausdruck in dem Sachverhalt, der einer Entscheidung des Reichsgerichts vom 18. 10. 1939 (16) zugrunde liegt. In dem dort zu entscheidenden Falle war in § 5 des Ge-

(13) Ebenso Schlegelberger-Gekler § 164 Anm. 10; Weipert : 164 Anm. 11.

(14) Schlegelberger-Gekler § 116 Anm. 8; Hueck "OHG" S. 75 FN 19

(15) Weipert § 164 Anm. 13; BayObLG in Recht 1924 S. 108.

sellschaftsvertrages bestimmt gewesen: "Die Geschäftsführung wird Herrn Dr. Ph. (Kompl) übertragen; jedoch ist Herr Dr. W. (Komm) berechtigt, jederzeit die Geschäftsführung zu übernehmen oder durch einen von ihm zu bestellenden Prokuristen mit ausüben zu lassen". Der Komm, der hier an der Geschäftsführung nicht Anteil hat, vermag diese trotzdem durch die Möglichkeit seiner jederzeitigen unmittelbaren (persönliche Mitgeschäftsführung) oder mittelbaren (Geschäftsführung durch einen von ihm bestellten = abhängigen Prokuristen) Mitwirkung zu beeinflussen. Der Kompl muß sich in seinen Geschäftsführungsmaßnahmen auf den Komm ausrichten. Die Befugnis des Komm, die Geschäftsführung selbst mitzuübernehmen, möglicherweise auch den Kompl von der Geschäftsführung, ja aus der Gesellschaft selbst durch einfache Erklärung ihm gegenüber auszuschließen (17), schwebt wie ein Damoklesschwert über diesem. Er wird durch die latente Einwirkungsmöglichkeit des Komm in stärkerem Maße an dessen Willen gebunden, als dies etwa bei der Einräumung gewisser Zustimmungsrechte oder Geschäftsführungsbefugnisse auf einzelnen betrieblichen Sektoren der Fall zu sein braucht (18).

§ 2 Die Erweiterung der vermögensrechtlichen Stellung

I.) Gegenstand der Einflußnahme:

Die vermögensrechtliche Stellung eines Gesellschafters ist bestimmt durch seine Teilnahme an Ertrag und Substanz der Gesellschaft. Sie wird auf der Aktivseite durch die Beteiligung am Jahresgewinn und das Abfindungs-/Auseinandersetzungsguthaben bei Ausscheiden aus bzw. Auflösung der Gesellschaft, auf der Passivseite durch die Pflicht zur Verlusttragung verkörpert. Dabei genügt es jedoch nicht, nur auf diesen Inhalt der vermögensrechtlichen Stellung zu verweisen. Das Ziel des Komm ist auch hier eine beherrschende Einflußnahme, ein Tatbestand, der nur beurteilt werden kann, wenn über die Bedeutung und gegen-

(16) In Seuff. Arch. Bd. 99 S. 24 f.

(17) Vgl. hierzu unten S. 53 ff.

(18) Vgl. hierzu unten S. 62.

seitige Abhängigkeit der einzelnen vermögensrechtlichen Ansprüche Klarheit besteht und damit die Wirkung der jeweiligen vertraglichen Regelung auf die vermögensmäßige (= wirtschaftliche) Stellung der einzelnen Gesellschafter erkennbar ist.

1.) Wie bereits bei der allgemeinen Darstellung der vermögensrechtlichen Stellung anklang besteht zwischen der Teilnahme am Jahreserfolg und der Beteiligung am Unternehmenswert (verkörpert im Abfindungsguthaben) ein enger wirtschaftlicher Zusammenhang. Der jährlich ausgewiesene Erfolg stellt lediglich eine teilweise Vorwegnahme des betrieblichen Totalerfolges dar, der sich nach Abschluß der gesamten Geschäftstätigkeit ergeben würde. Der Wert des Unternehmens wird durch die Gewinnpolitik der Gesellschafter beeinflusst. Überhöhte Abschreibungen, unterlassene Aktivierungen trotz Nutzungsmöglichkeit der Gegenstände über mehrere Perioden lassen den Jahresgewinn sinken und stille Reserven entstehen. Sie führen zu einer Wertsteigerung des Gesellschaftsvermögens über die Buchwerte, zu Liquidationsgewinnen im Falle einer Auflösung. Die Höhe der Jahresgewinne (-verluste) und des späteren Abwicklungserlöses (-verlustes) stehen zueinander in einem reziproken Verhältnis. Eine volle vermögensmäßige Beteiligung im wirtschaftlichen Sinne setzt damit Teilnahme am Jahreserfolg und am Gesellschaftsvermögen voraus.

2.) Die mit der vermögensrechtlichen Stellung verbundene Verlustbeteiligung ist ferner von der Haftung abzugrenzen. Verlustbeteiligung und Haftung gleichen sich zunächst insoweit, als beide wirtschaftlich gesehen zu einer Risikotragung führen. Aber bereits der Ausgangspunkt ist ein verschiedener. Während die Verbindlichkeit und die ihr entspringende Haftung an einen einzelnen Geschäftsvorfall anknüpfen und demgemäß gegenüber einem bestimmten Gläubiger bestehen, stellt der Verlust das wirtschaftliche Ergebnis einer Vielzahl von Geschäftsvorfällen dar. Daraus folgt weiter, daß im Gegensatz zu Verbindlichkeit und Haftung, die sich auf das Außenverhältnis beziehen, Verlust und Verlustbeteiligung das Verhältnis der Gesellschafter zueinander betreffen. Haftung bedeutet Risikotragung im Außenverhältnis, Verlustbeteiligung Risikotragung im Innenverhältnis. Dabei brauchen auch hier (1) Haftung und Verlustbeteiligung sich nicht zu entsprechen. So kann ein Gesellschafter für die Verbindlichkeit-

ten unbeschränkt haften und damit die Geschäftsrisiken nach außen tragen, ohne am Verlust beteiligt zu sein und umgekehrt ein anderer Gesellschafter trotz seiner nach außen nur beschränkten Haftung im Innenverhältnis voll verlusttragungspflichtig sein.

Entscheidend dafür, welcher Gesellschafter letztlich das Unternehmerrisiko trägt, ist auch hier (2) das Innenverhältnis, d. h. also die Verlustregelung. Dies wird deutlich bei der Abwicklung und Beendigung der Gesellschaft. Die Erfüllung der Verbindlichkeiten gemäß der Haftung gehört noch zur Abwicklung, der Ausgleich unter den Gesellschaftern entsprechend der Verlustregelung dagegen nicht mehr. Er erfolgt erst nach Beendigung der Gesellschaft (3). Die Haftung führt nur zu einer vorläufigen Inanspruchnahme, die Verlusttragung dagegen zu der endgültigen Verwertung des eigenen Vermögens.

II.) Die zur Einflußnahme führenden Regelungen:

Auch hier wird davon abgesehen, die Vielfalt der möglichen Regelungen darzustellen (4), und nur versucht, den typischen zu einer gesteigerten Einflußnahme führenden Trend in der Regelung der vermögensrechtlichen Ansprüche aufzuzeigen.

1.) Die Vereinbarungen über den Periodenerfolg:

a) Jede gerechte Gewinn- und Verlustregelung muß die Arbeits-, Kapital- und Haftungsleistung der einzelnen Gesellschafter berücksichtigen (5). Dabei verbietet eine unterschiedliche Mitwirkung einzelner Gesellschafter eine paritätische Behandlung. Eine Regelung, die den Gewinn im Verhältnis der Kapitalanteile verteilt, führt dazu, daß die Arbeitsleistung und die Haftung unorganisch abgegolten werden, eine Verteilung nach Köpfen dazu, daß die Haftungs- u. Kapitalleistungen nicht berücksichtigt sind. Auch die Wirkung von Kombinationslösungen ist mitunter unsicher. So scheint eine Lösung, die den nach einer gewissen

(1) Über die vergleichbare Konstellation bei dem Verhältnis von Geschäftsführung zu Vertretung vgl. oben S. 34.

(2) Beachte bereits oben S. 34, 35 den Vorrang der Geschäftsführungsbefugnis vor der Vertretung.

(3) Vgl. unten S. 47.

(4) Vgl. etwa die Beispiele bei Sudhoff S. 379 - 384.

(5) Potthoff-Zintzen S. 118; Sudhoff S. 156.

Verzinsung des Kapitals verbleibenden Gewinnrest unter Berücksichtigung der Arbeitsleistungen der Gesellschafter auf diese verteilt (6), einen gerechten Ausgleich zu bieten. Der Effekt der Regelung ist jedoch entscheidend von der Höhe des Jahresgewinnes abhängig. Ist dieser regelmäßig nicht viel höher als die Summe der erforderlichen Kapitalzinsen, so bleibt eine mangelhafte Abgeltung der Arbeitsleistung nach wie vor bestehen. Vielfach wird deshalb vereinbart, daß der Kompl für seine geschäftsführende Tätigkeit mit einem festen Gehalt entlohnt wird. Dabei wird dieses regelmäßig als Aufwand verbucht, also unabhängig vom erzielten Jahresgewinn gewährt, so daß insoweit von einer "Gewinnbeteiligung" nicht die Rede sein kann. Die echte Beteiligung des Kompl am Jahresgewinn beschränkt sich vielmehr meist auf eine geringe gewinnabhängige Tantieme, etwa 5 % des Jahresgewinnes, oder die Verzinsung seiner Kapitaleinlage, wobei der Zinssatz mit der Gewinnhöhe variiert. Nachdem die Einlage des Kompl aber regelmäßig nur gering ist, kommt dieser Gewinnbeteiligung keine erhebliche Bedeutung zu. Insbesondere wird durch die zusätzlich getroffene Vereinbarung, daß dieser Gewinn voll abgehoben werden muß, verhindert, daß die Einlage anwächst und damit auch der Zinsertrag steigt.

Möglich ist auch, daß der Kompl vom Gewinn ganz ausgeschlossen wird und nur sein Gehalt erhält. Die Vereinbarung ist wirksam (7). Sie gibt allerdings Anlaß zu dem Bedenken, ob dann noch ein Gesellschaftsverhältnis vorliegt und wird deshalb in der Regel vermieden. Andererseits schließt sie ein Gesellschaftsverhältnis nicht zwingend aus. Die gegenteilige Meinung, wie sie in älteren Kommentaren noch zum Ausdruck gebracht wird (8), ist von Hueck überzeugend widerlegt (9). Erforderlich für den Begriff der OHG ist lediglich, daß alle Gesellschafter gemeinschaftlich den Zweck verfolgen, ein Unternehmen zu betreiben,

(6) So offenbar die §§ 5 und 7 des Vertrages Anlage II bei Boesebeck "Kapitalistische KG" S. 94 f.

(7) Vgl. oben S. 28 ff., wonach sich die Wirksamkeit der Vereinbarungen nur nach §§ 134, 138 BGB beurteilt. Eine sittenwidrige Ausbeutung liegt jedoch dann nicht vor, wenn das Gehalt der Arbeitsleistung entspricht.

(8) Staub § 105 Anm. 4; Flechtheim § 105 Anm. 2; Schlegelberger (1. Aufl.) § 105 Anm. 6; Wieland I S. 462, 548.

(9) "OHG" S. 2, 3.

das Gewinn abwirft (10). Zwar wird regelmäßig ein Gesellschafter das Handelsgewerbe deshalb mit-betreiben, um an dem erzielten Gewinn teilzuhaben. Genügend ist jedoch auch ein anderes Interesse an dem gemeinsamen Betrieb des Unternehmens (11). Besteht ein die fehlende Gewinnbeteiligung aufwiegendes Interesse, so wird damit der Bestand der OHG im Innenverhältnis gewahrt.

b) Die Vereinbarungen über die Verteilung des Periodenverlustes sind vielfach denen über die Gewinnbeteiligung angeglichen (12). Es wird eine Gleichmäßigkeit der Beteiligung angestrebt, die sich darin zeigt, daß der durch die "Gehaltsregelung" von der Gewinnbeteiligung ausgeschlossene Kompl durch eben dieses Gehalt auch vom Verlustrisiko sichergestellt ist. Daneben ist es aber auch möglich, daß er mit seiner Einlage anteilmäßig am Verlust teilzunehmen hat. In der Regel jedoch ist der Kompl von der Teilnahme am Periodenverlust befreit, indem vereinbart ist, daß dieser vom Komm bis zur Höhe seiner Einlage getragen wird(13).

Fehlt eine Vereinbarung über die Anteilnahme am Verlust, so erfolgt sie nach §§ 161 II, 105 II HGB, § 722 II BGB entsprechend der Gewinnbeteiligung (14). Dies bedeutet, daß dann, wenn der Kompl nur noch ein Gehalt zuzüglich wirtschaftlich unbedeutender Tantiemen erhält, er auch von der Beteiligung am Periodenverlust ausgeschlossen ist(15).

2.) Die Vereinbarungen über den Totalerfolg (= die wirtschaftliche Beteiligung am Gesellschaftsvermögen):

Sie knüpfen regelmäßig an die Behandlung des Kapitalanteils an, da dieser nach §§ 161 II/155 HGB die Höhe des Abfindungsguthabens und damit den wirtschaftlichen Wert der Beteiligung der einzelnen Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen bestimmt.

(10) Hueck aaO; ebenso Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 6.

(11) Vgl. Hueck aaO, der Familieninteressen und Interesse an Geschäftsverbindungen als Hauptbeispiele hervorhebt; genügend ist nach h. M. auch das Interesse, eine bestimmte festgesetzte Summe zu erhalten; so Hueck aaO; Flechtheim § 105 Anm. 2; Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 6. RGZ Bd. 90 S. 14 f. (17); RG in JW 1915 S. 1428; a. A. Wiewand I S. 548; Weipert § 105 Anm. 9 für den Fall der Garantierung ohne Gewinnerzielung.

(12) Potthoff-Zintzen S. 123.

(13) Vgl. §§ 4 II und 7 II der Verträge Anlage II und III bei

a) Eine erste Abweichung von der gesetzlichen Regelung, die zu einer Stärkung des vermögensmäßigen Einflusses des Komm führt, ist, daß die Geltung des § 121 II HGB für den Kompl ausgeschlossen und damit gleichzeitig vereinbart wird, daß er den auf ihn entfallenden Gewinn voll abzuheben oder auf ein Privatkonto zu übertragen hat. Auf diese Weise ist der Kapitalanteil des Kompls nach oben begrenzt und vermieden, daß das wirtschaftliche Beteiligungsverhältnis sich zu dessen Gunsten verschiebt. Umgekehrt ist möglich, daß dem Kapitalanteil des Komm entgegen § 167 II HGB die ihm zukommenden Gewinne unbeschränkt oder bis zu einer bestimmten Höhe zugeschrieben werden (16). Daneben wird jedoch auch vielfach an der Regelung des § 167 II HGB festgehalten, was dazu führt, daß die Selbstfinanzierung des Unternehmens aus vom Komm einbehaltenen Gewinnen sich äußerlich als "Darlehensfinanzierung" vollzieht, nachdem die den Kapitalanteil des Komm übersteigenden Gewinne auf Privatkonto verbucht werden müssen (17).

Der nächste Schritt zur Beschränkung des Kompls ist dann die Regelung der Abfindung. Dabei steht für die Ermittlung des Abfindungsguthabens eine Reihe von Möglichkeiten offen, die von einer vollen Berücksichtigung des wirtschaftlichen Werts der Beteiligung durch Aufdeckung der stillen Reserven und Einbeziehung des Geschäftswerts bis zu einer auf die nominelle Höhe des Kapitalanteils abgestellten Auszahlung reicht (18). Typisch für die beherrschende Einflußnahme des Komm ist es, daß der Kapitalanteil des Kompls bei seinem Ausscheiden aus der

Boesebeck "Kapitalistische KG" S. 92 ff.

- (14) Schlegelberger-Geßler § 168 Anm. 7; RG in WarnR 1934 S. 294.
- (15) Vgl. hierzu auch RGZ Bd. 169 S. 105, das in einem solchen Falle einen stillschweigend vereinbarten Verlustausschluß annahm; zu dieser Entscheidung ferner unten S. 45 f.
- (16) Vgl. § 8 des Vertrages Anlage III bei Boesebeck "Kapitalistische KG" S. 95; über eine Auswirkung auf die Haftung vgl. § 172 Abs. 1 und 2 HGB.
- (17) Vgl. oben S. 14, ferner unten S. 135 über eine evtl. "Haftung" des Komm aus § 826 BGB bei "Unterkapitalisierung" des Betriebes und Finanzierung durch Darlehen.
- (18) Hierzu Potthoff-Zintzen S. 202 ff; Sudhoff S. 252 ff., 283 ff.

Gesellschaft stets nur nominell abgegolten wird (19). Gleich in der Wirkung, aber optisch noch schroffer, sind dann Vereinbarungen, welche dem Kompl die Bildung eines Kapitalanteils untersagen (20). Das Gesellschaftsvermögen steht hier wirtschaftlich ebenfalls nur dem (den) Komm zu. Der Kompl erweckt aber wegen des Fehlens seiner Kapitaleinlage (21) nicht einmal mehr den Anschein eines wirtschaftlich Beteiligten.

b) Vereinbarungen über die Tragung des Liquidationsverlustes fehlen in der Regel. Einschlägig ist lediglich die bei der Regelung des Periodenverlustes bereits erwähnte Vereinbarung, wonach ein etwaiger Verlust bis zur Höhe seiner Einlage vom Komm, im übrigen vom Kompl zu tragen ist. Sie entspricht, soweit man sie auf den Liquidationsverlust bezieht, der gesetzlichen Regelung. Es kommt also mit oder ohne Vereinbarung regelmäßig dazu, daß der Komm wegen § 167 III HGB nur den Verlust seiner Einlage riskiert und ein diese übersteigender Verlust vom Kompl getragen werden muß.

Davon hat das Reichsgericht in einem Urteil vom 16. 4. 1942 (22) eine Ausnahme gemacht und angenommen, daß der Verlustausschluß des Kompls stillschweigend vereinbart sei. Der Entscheidung lag eine sog. kapitalistisch aufgebaute KG zugrunde. Der Kompl hatte "der Sache nach nur die Stellung eines Angestellten mit festem Gehalt und bloßer Tantiemberechtigung am Reingewinn. Er hatte außer seiner Arbeitskraft keine Einlage zu machen, mußte seinen Gewinnanteil restlos entnehmen und durfte ihn ohne ausdrückliche Genehmigung der Komm 'niemals' als Einlage stehen lassen. Er erhielt als Entgelt für seine Tätigkeit 'ohne Rücksicht' auf das Jahresergebnis ein festes Gehalt zuzüglich gewisser Tantiemen aus einem etwaigen Reingewinn. Abschichtungsansprüche hinsichtlich der Substanz des Gesellschaftsvermögens sollten jedenfalls für den Fall des Nichtbestehens eines

(19) Vgl. § 11 des Vertrages Anlage III bei Boesebeck "Kapitalistische KG" S. 96; damit ist eine wirtschaftliche Beteiligung am Gesellschaftsvermögen bereits verlassen.

(20) So der Fall RGZ Bd. 169 S. 105.

(21) Davon ist der Fall zu unterscheiden, daß der Kapitalanteil aufgrund des wirtschaftlichen Ergebnisses zufällig gerade null beträgt, aber eine Bildung positiv und negativ zugelassen ist.

gesellschaftsrechtlichen Kapitalguvons nicht erhoben werden können. Nur wenn Rücklagen aus nicht verteiltem Reingewinn vor Absetzung der Tantieme gebildet worden sein sollten, sollte er Auskehr eines der Tantieme entsprechenden Betrages verlangen können. Was den organisatorischen Aufbau anlangt, so hatte er den Weisungen der Kommversammlung Folge zu leisten, stand unter ständiger Überwachung hierzu bestimmter Komm, mußte in weitestem Umfang zu Maßnahmen der Geschäftsführung die Zustimmung der Komm einholen, hatte Personen, die ihm bezeichnet wurden, als Handlungsbevollmächtigte, Prokuristen und Gesellschafter aufzunehmen. Endlich konnte ihm jederzeit mit einer Frist von sechs Monaten zum Ende eines Geschäftsjahres gekündigt werden." Das Reichsgericht schloß aus dieser Gestaltung, daß "das Schweigen des Vertrages über eine Beteiligung des Kompl an einem etwaigen Verlust, zumal im Zusammenhang mit der Regelung seiner Bezüge, einen guten Sinn habe, nämlich den, daß der Kompl in Abweichung von der Regelung des § 168 HGB am Verlust nicht beteiligt sein sollte und nicht beteiligt war, daß mithin im Innenverhältnis zu den Komm eine Verlustdeckungspflicht für ihn entfiel." (S. 108, 109).

Dieses Ergebnis erscheint zutreffend, die Begründung dagegen befriedigt nicht. Enthält ein Gesellschaftsvertrag über bestimmte Fragen keine Vereinbarung, so kann dem Schweigen nicht eine angemessene Regelung unterschoben werden sondern es gelten die Bestimmungen des Gesetzes. Dieses sieht aber vor, daß der Komm am Liquidationsverlust nur bis zur Höhe seiner Einlage beteiligt ist. Auch § 722 II BGB, der vom Reichsgericht nicht unmittelbar herangezogen wurde (23), stützt die Entscheidung nur mangelhaft. Dem Schluß von der fehlenden Gewinn- auf die fehlende Verlustbeteiligung müßte der Vorrang vor der Geltung des § 167 III HGB zukommen, ein Ergebnis, das sich bei dem Prinzip des "lex specialis derogat legi generali" nur schwer begründen läßt. Im übrigen bleibt bei jeder dieser Begründungen die Frage offen was dann gilt, wenn der Vertrag die Regelung des Ge-

(22) RGZ Bd. 169 S. 105 ff.

(23) Vgl. jedoch den Hinweis des RG aaO S. 109 "zumal im Zusammenhang mit seinen Bezügen", der auf den Grundgedanken des § 722 II BGB hindeutet.

setzes (§ 167 III HGB) ausdrücklich als Vertragsklausel in seinen Text aufnimmt. Soll in diesem Fall der Kompl zur Verlusttragung verpflichtet sein, obwohl seine tatsächliche Situation sich in nichts von der oben geschilderten unterscheidet? Der Ansatz des Reichsgerichts, daß diese Stellung des Kompls eine Verlustbeteiligung ausschließen muß, ist richtig. Der Grund dafür aber liegt darin, daß der Kompl bei dieser Gestaltung des Innenverhältnisses nicht mehr die Stellung eines Gesellschafters inne hat, so daß die Anwendung des auf das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses zugeschnittenen § 167 Abs. III HGB auf ihn zu einer sittenwidrigen Ausbeutung führen würde (24).

c) Die Verlustbeteiligung des Kompls kann jedoch auch durch Vereinbarung ausgeschlossen werden (25). Der Kompl ist dadurch wirtschaftlich vom Unternehmerrisiko freigestellt. Dies wird zunächst deutlich bei der Auflösung der Gesellschaft. Sind nach der Liquidation noch Gesellschaftsschulden offen, so trifft die Pflicht zu ihrer Erfüllung nach §§ 161 II/105 II HGB, § 735 BGB die verlusttragungspflichtigen Gesellschafter, hier also den (die) Komm. Der Kompl kann, wenn er aufgrund seiner fortbestehenden unbeschränkten Haftung in Anspruch genommen wird, vom Komm Ersatz verlangen. Darüberhinaus muß ihm grundsätzlich auch ein Anspruch auf Freistellung von den Verbindlichkeiten (§ 257 BGB) zugesprochen werden. Die Bedenken, welche bei der OHG gegen einen solchen Anspruch erhoben werden (26), greifen hier nicht durch. Während bei dieser aufgrund der unbeschränkten Haftung jeder Gesellschafter für alle noch offenen Verbindlichkeiten in Anspruch genommen werden kann und damit bis zu deren vollständigen Erfüllung nicht feststeht, in welcher Höhe jedem einzelnen Gesellschafter nun endgültig ein Ausgleichungsanspruch zusteht, kommt hier dann, wenn der Komm

(24) Vgl. hierzu unten S. 80 ff.

(25) Schlegelberger-Geßler § 168 Anm. 6 und § 121 Anm. 12; Weipert § 168 Anm. 6.

(26) Vgl. insbesondere Schlegelberger-Geßler § 155 Anm. 20; ferner Weipert § 155 Anm. 18; Hueck "OHG" S. 341.

seine Einlage geleistet hat, nur eine Haftung des Kompls in Betracht. Damit ist die Richtung der Ausgleichung von vornherein bestimmt. Es besteht im Gegensatz zur OHG nicht die Gefahr einer wiederholten Ausgleichung, so daß einem Freistellungsanspruch des vom Verlust freigestellten Kompls gegen den (die) Komm (die sie sind im Verhältnis ihrer Verlustbeteiligung verpflichtet) nichts im Wege steht. Sollte der Komm selbst noch für die Verbindlichkeiten haften, so ist der Freistellungsanspruch dagegen begrenzt. Der Kompl kann dann nur in Höhe der den Betrag der Kommhaftung übersteigenden Verbindlichkeiten Freistellung verlangen, da nur insoweit eine Inanspruchnahme des Komm nicht in Frage kommt.

Während des Bestehens der Gesellschaft ist der Kompl vor einer wirtschaftlichen Risikotragung durch den ihm bei der Erfüllung von Gesellschaftsschulden zustehenden Ersatzanspruch gegen die Gesellschaft aus § 110 HGB geschützt. Dabei kommt es, nachdem der Ersatzanspruch in voller Höhe besteht (27), zunächst auf die fehlende Verlustbeteiligung des Kompls nicht an. Sie wird aber von Bedeutung, wenn aus dem Gesellschaftsvermögen kein Ersatz zu erlangen ist. In diesem Falle kann der eine Gesellschaftsschuld bezahlende Gesellschafter den Ersatzanspruch ausnahmsweise schon während des Bestehens der Gesellschaft gegen die Mitgesellschafter geltend machen, da es unbillig wäre, ihn bis zur Auseinandersetzung warten zu lassen (28). Die Zahlungspflicht der Mitgesellschafter stellt dabei keine verbotene Erhöhung ihres Beitrages dar sondern bedeutet eine Verwirklichung ihrer Verlusttragungspflicht (29). Daraus folgt, daß in diesem

-
- (27) Schlegelberger-Geßler § 110 Anm. 10; RGZ Bd. 31 S. 141; keine Minderung entsprechend dem Verlustanteil, da der Gesellschafter ja durch die aufgrund dieser Zahlung eingetretene Minderung des Gewinns oder Entstehung eines Verlustes anteilmäßig belastet wird.
- (28) Lehmann "GesR" S. 82 unter Hinweis auf RGZ Bd. 153 S. 314 und RG in JW 1934 S. 1851.
- (29) Vgl. Lehmann aaO, der allerdings von einer Verwirklichung der "persönlichen Haftung" spricht. In Wirklichkeit handelt es sich bei dem Ausgleich unter den Gesellschaftern um eine Frage des Innenverhältnisses und damit um die Regelung der Verlusttragung. So auch Hueck "GesR" S. 77.

Fälle der Gesellschafter sich den auf ihn treffenden Verlustanteil anrechnen lassen muß. Fehlt aber eine Verlustbeteiligung, dann kann der Ersatzanspruch auch gegen die Mitgesellschafter in voller Höhe geltend gemacht werden.

In den Fällen, wo das Ziel der Einflußnahme des Komm der Betrieb eines "eigenen" Unternehmens unter gleichzeitiger Beschränkung des Risikos auf das Betriebsvermögen ist, wird eine Vereinbarung, die den Kompl vom Verlust völlig freistellt, regelmäßig fehlen. Sie führt dazu, daß der Komm aufgrund der Ersatz- und Freistellungsansprüche des Kompl das Unternehmerisiko im Innenverhältnis uneingeschränkt trägt, so daß dieses Ziel, ungeachtet einer nach außen bestehenden Haftungsbeschränkung, nicht erreicht ist.

§ 3 Der Ausbau der sonstigen Mitverwaltungsrechte

I.) Gegenstand der Einflußnahme:

1.) Von der Geschäftsführung abgesehen beziehen sich die Mitverwaltungsrechte der Gesellschafter auf den Bestand und die Organisation der Gesellschaft. Sie betreffen die Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses und das Verhältnis der Gesellschafter zueinander. Damit sind sie zunächst nicht das unmittelbare Ziel der Einflußnahme des Komm. Andererseits sind die Einwirkung auf die Geschäftsführung und die vermögensrechtliche Stellung der Gesellschafter unlösbar mit der gesellschaftlichen Organisation verbunden. Sie erwachsen aus ihr, nachdem sie die erste Zuständigkeitsverteilung schafft und hängen in ihrem Bestand von ihrer Fortdauer ab. Bestimmt der Komm die gesellschaftliche Organisation, d. h., kann er aus eigenem Recht das Gesellschaftsverhältnis verändern, so übt er dadurch gleichfalls einen beherrschenden Einfluß aus (1).

2.) Die einzelnen Mitverwaltungsrechte sind bei der allgemeinen Beschreibung der Stellung des Komm bereits aufgezählt. Ihrer Abwandlung zu Gunsten des Komm kommt eine unterschiedliche Be-

(1) Vgl. oben S. 38 f. "latente Einflußnahme".

deutung zu. Sie ist nur soweit von Interesse, als sie eine Stärkung des Einflusses auf die Geschäftsführung und eine Abrundung der vermögensmäßigen Stellung bewirkt.

a) Zur Stärkung des Einflusses auf die Geschäftsführung führen alle die Regelungen, welche die Möglichkeit des Komm, den Kompl von der Geschäftsführung (und Vertretung) abzurufen, erweitern und umgekehrt die Rechte des Kompl, die Geschäftsführungsbefugnis des Komm zu entziehen, beschränken. Es sind dies in erster Linie die Vereinbarungen über die Entziehungsrechte der §§ 117, 127 HGB (unten II 2 a), darüberhinaus aber auch wegen ihrer umfassenden Wirkung die Regelungen, welche die Bedingungen und die Art und Weise des Ausscheidens bzw. Ausschlusses eines Gesellschafters (§§ 138, 140 HGB) zum Inhalt haben (unten II 2 b).

b) Eine Ergänzung und Abrundung des vermögensmäßigen Einflusses ergibt sich, wenn bei Ausscheiden des Kompl die Übernahme des Geschäfts durch den Komm vereinbart (§ 142 HGB) und damit gleichzeitig das Liquidationsverfahren und das Recht des Kompl auf Liquidatortätigkeit (§§ 161 II/146 I HGB) ausgeschaltet wird (unten II 3).

c) Ohne Bedeutung sind dagegen Vereinbarungen über das Stimmrecht der Gesellschafter. Handelt es sich um eine Zweimanngesellschaft, so ist ein Zusammenwirken beider Gesellschafter lediglich bei der Geschäftsführung möglich - und diese Vereinbarungen werden regelmäßig im Rahmen der Geschäftsführungsregelung getroffen - und bei Änderung des Gesellschaftsvertrages als solchem nötig, während die übrigen Mitwirkungsrechte Komm und Kompl ohnehin je allein zustehen, folgend teils aus der Natur des Anspruchs (§§ 132, 133 HGB Kündigungs- und Auflösungsbezugnis), zum andern aus der Tatsache, daß sich nur zwei Gesellschafter gegenüberstehen (§§ 117, 127, 140 HGB). Vereinbarungen über das Stimmrecht finden sich deshalb nur bei der typischen kapitalistischen KG, die sich durch eine Mehrheit von Komm gegenüber einem abhängigen Kompl auszeichnet. Sie betreffen jedoch auch hier regelmäßig nur das Verhältnis der Komm untereinander (Mehrheitsbeschlüsse der Kommversammlung), so daß sie für das Verhältnis von Komm zu Kompl ohne Belang sind (unten II 4 (Anhang)).

II.) Die zur Einflußnahme führenden Regelungen:

1.) Es ist gerade hier zweckmäßig, als Grundsatz nochmals die nur durch §§ 134 und 138 BGB beschränkte Vertragsfreiheit her- auszustellen. Die vertraglichen Regelungen dürfen lediglich nicht zu einer gegen die guten Sitten verstoßenden Abhängig- keit eines Gesellschafters von der Willkür des anderen führen (2), sie können nicht eine persönliche (3) unlösbare Bindung eines Gesellschafters an die Gesellschaft begründen (§§ 723 Abs. 3 BGB, 133 III HGB in Verb. mit § 134 BGB). Davon abge- sehen besteht jedoch völlige Freiheit. Die Gesellschafter kön- nen Voraussetzungen und Folgen einer Geltendmachung einzelner Mitverwaltungsrechte erleichtern oder erschweren - wobei dies bis zum Ausschluß der Rechte führen kann - sie können diese Abwandlungen einzelnen oder allen Gesellschaftern zukommen las- sen. Der einzelne Gesellschafter unterwirft sich durch seine Zustimmung zum Gesellschaftsvertrag diesen vereinbarungen.

2.) Die vereinbarungen zur Ergänzung und Stärkung des Einflus- ses auf die Geschäftsführung:

a) Der Entzug der Geschäftsführungs- und vertretungsbefugnis (4) eines Gesellschafters.

Er kann auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtli- che Entscheidung erfolgen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§§ 117, 127 HGB) (5). Diese Regelung kann nach zwei Seiten hin geändert werden. Anstelle der Klage wird vereinbart, daß eine rechtsgeschäftliche Erklärung der berechtigten Gesellschafter genügen soll. Die gesetzliche Regelung, welche das Erfordernis einer gerichtlichen Entscheidung vorsieht, ist im Interesse der

(2) Vgl. Hueck "OHG" S. 111.

(3) Eine bloße vermögensrechtliche Bindung kann ohne Kündigungs- möglichkeit auf unbestimmte Zeit eingegangen werden. Hueck "OHG" S. 233.

(4) Diese betrifft an sich die Stellung im Außenverhältnis, wird aber zweckmäßig hier mit einbezogen, da die Regelung des § 127 HGB der des § 117 HGB völlig entspricht.

(5) Dafür, daß § 117 HGB für die einem Komm übertragene Geschäfts- führungsbefugnis gilt RGZ Bd. 110 S. 418 und h. M.; vgl. Schlegelberger-Geßler § 164 Anm. 9; Weipert § 164 Anm. 12; Baumbach-Duden § 164 Anm. A.
Zum Entzug einer dem Komm eingeräumten rechtsgeschäftlichen Vertretungsbefugnis vgl. unten S. 93 ff.

geschäftsführenden bzw. vertretungsberechtigten Gesellschafter an einer unbedingten Klarheit der Rechtslage geschaffen (6). Es steht den Gesellschaftern frei, auf die Einhaltung dieser erhöhten Rechtsgarantie zu verzichten (7).

Gleichzeitig können jedoch auch die Voraussetzungen für die Entziehung der Befugnisse geändert werden. Eine Erleichterung der Voraussetzungen für die Abberufung des geschäftsführenden Gesellschafters findet sich dort, wo der Kompl die Geschäftsführung ausübt und vom Komm nur überwacht wird. Hier genügt als Abberufungsgrund vielfach, daß der Kompl die Weisungen des Komm nicht befolgt, ungeachtet dessen, ob sich dies objektiv als wichtiger Grund darstellt. Teilweise wird auch die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis völlig in das Ermessen des Komm gestellt. Die Gesellschafter können im Gesellschaftervertrag beliebige Bestimmungen über die Geschäftsführung treffen. Genauso wie ein Gesellschafter bei Abschluß des Vertrages von Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen werden kann, kann er sich auch nachträglich hinsichtlich der Fortdauer seiner Befugnisse dem freien Entschluß der anderen Gesellschafter unterwerfen (8).

Andererseits werden, wenn dem Komm selbst Geschäftsführungsbefugnis erteilt ist, wie es bei den Zweimannesellschaften in der Regel zutrifft, Vereinbarungen getroffen, wonach die Entziehung dieser Geschäftsführungsbefugnis ausgeschlossen ist. Auch diese Vereinbarung ist zulässig. Dem Komm wird dadurch nicht ein "Freibrief auf frivoles, gegen die guten Sitten verstoßendes oder arglistiges Verhalten" gegeben (9), nachdem ab-

(6) Hueck "OHG" S. 92.

(7) H. M.; vgl. Hueck "OHG" S. 92 mit zahlreichen Nachweisen für die Geschäftsführungsbefugnis. An die Stelle der Klage tritt also ein Gesellschafterbeschuß bzw. eine Erklärung eines Gesellschafters; eine evtl. gerichtliche Entscheidung über die Entziehung hat nur deklaratorische Wirkung (Hueck aaO S. 100, Flechtheim § 117 Anm. 9). Gleiches gilt auch für die Entziehung der Vertretungsmacht; vgl. Hueck aaO S. 189, der auf die gleichlautende Formulierung der §§ 117, 127 HGB verweist. Aus dem Umstand, daß § 127 HGB das Außenverhältnis der Gesellschaft berührt, kann nicht auf die Starrheit der Regelung geschlossen werden. Dritte werden, soweit der Bestand der Vertretungsbefugnis

gesehen von Schadensersatzansprüchen stets die Möglichkeit einer Auflösungsklage (§ 133 III HGB) besteht (10)

Eine besondere Problematik besteht jedoch bei der Zweimann-KG. Es erscheint fraglich, ob dem Kompl Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht entzogen werden können, wenn dieser allein zur Geschäftsführung und Vertretung berufen ist. Die Gesellschaft kann schließlich nicht ohne geschäftsführungsbefugten bzw. vertretungsberechtigten Gesellschafter bestehen. Die Frage ist von besonderer Bedeutung bei der Vertretungsmacht, die zwingend nur dem Kompl zusteht (11). Was die Geschäftsführungsbefugnis anlangt, so ist sie hier stets zwischen Kompl und Komm in der Weise verteilt, daß jener sich eine Mitwirkung, wenigstens in Form von Überwachungs- und Zustimmungsrechten, sichert. Dann ergibt aber eine Auslegung des Vertrages, daß bei einem Entzug der Geschäftsführungsbefugnis des Kompl, welche sich ohnehin überwiegend in vollzugsaufgaben äußert, die Geschäftsführung vollständig auf den Komm übergeht. Der Schwierigkeit kann aber auch in der Weise abgeholfen sein, daß im Vertrag der Kompl vonvorneherein der Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis auf den Komm für den Fall, daß diese ihm entzogen wird, zustimmt.

b) Ausscheiden und Ausschluß des Kompl aus der Gesellschaft. Besteht die Mitwirkung des Kompl bei der Erreichung des Gesellschaftszweckes nur in der Leistung der Geschäftsführerdienste und einer nur geringen Kapitaleinlage, so ist ein wirtschaftliches Bedürfnis gegeben, ihn dann, wenn seine Arbeitsleistung nicht mehr erwünscht ist, aus der Gesellschaft auszuscheiden (12). Demgemäß sehen derartige Gesellschaftsverträge

in Frage steht, durch § 15 HGB geschützt.

- (8) Hueck "OHG" S. 100 für die Geschäftsführung, S. 189 für die Vertretung.
- (9) RG in JW 1935 S. 696; ebenso im Anschluß daran Weipert § 117 Anm. 8, 9; Schlegelberger-Geßler § 117 Anm. 14; Baumbach-Duden (8. Auflage) § 117 Anm. 1 A; Ritter § 117 Anm. 4.
- (10) Hueck "OHG" S. 99; Wieland I S. 577 und FN 61; Baumbach-Duden (13. Auflage) § 115 Anm. 5 A; Gogos S. 67.
- (11) Vgl. hierzu S. 86 ff.
- (12) Vgl. BGHZ Bd. 6 S. 113 Leitsatz 2, wo ausgesprochen ist,

in der Regel ein Ausscheiden des Kompls vor.

Dabei kann die Regelung verschieden sein. Möglich ist zunächst eine Vereinbarung, wonach der Kompl bei Vorliegen eines bestimmten Tatbestandes aus der Gesellschaft ausscheidet. § 138 HGB regelt die Fälle des Ausscheidens nicht erschöpfend (13). Die Gesellschafter können beliebige sonstige Gründe vereinbaren. So findet sich vielfach, daß der Kompl aus der Gesellschaft ausscheidet, gleichgültig ob er gekündigt hat oder ob ihm gekündigt worden ist(14).

Überwiegend wird jedoch ausdrücklich vereinbart, daß der Kompl aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann. Der Kompl scheidet dann nicht automatisch mit Eintritt des bestimmten Ereignisses aus der Gesellschaft aus. vielmehr bedarf es einer Erklärung (15) gegenüber dem Auszuschließenden. Dabei besteht auch für die Vereinbarung der Ausschließungsvoraussetzungen weitgehendste Freiheit (16).

In all den Fällen, wo der Gesellschaft nur ein Kompl angehört, ergibt sich jedoch eine Schwierigkeit daraus, daß diese nicht ohne einen persönlich haftenden Gesellschafter bestehen kann (17). Erforderlich ist, daß an die Stelle des ausscheidenden gleichzeitig ein neuer Kompl tritt. Demgemäß finden sich in den Gesellschaftsverträgen Bestimmungen, wonach der Komm berechtigt ist, einen neuen persönlich haftenden Gesellschafter aufzunehmen. Dabei kann die Regelung auch hier verschieden sein. Es ist möglich, daß der Gesellschaftsvertrag die Befugnis zur Aufnahme eines weiteren Gesellschafters generell festlegt, unabhängig davon, ob der bisherige Kompl ausscheidet. Die zur Auf-

daß dann, wenn die Kapitalbeteiligung des Kompls nur in einem ganz geringen Anteil am Gesellschaftsvermögen besteht und sich seine Stellung als geschäftsführender Gesellschafter sehr stark der eines leitenden Angestellten nähert, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes im allgemeinen nur seine Ausschließung und nicht ein weniger starkes Mittel in Betracht kommen könne.

(13) Hueck "OHG" S. 279, 280; Schlegelberger-Geßler § 138 Anm. 4; es können für einzelne Gesellschafter auch verschiedene Gründe vorgesehen werden.

(14) Vgl. § 7 des Vertrages Anlage II bei Boesebeck "Kapitalistische KG" S. 93.

(15) Auch § 140 HGB, der für den Ausschluß des Gesellschafters eine Klage vorsieht, ist dispositiv. Heute h. L. vgl. Hueck "OHG" S. 281; Weipert § 140 Anm. 32; Schlegelberger-Geßler

nahme eines neuen Gesellschafters erforderliche Zustimmung des Kompls ist vonvorneherein dadurch erteilt, daß er dem Gesellschaftsvertrag, der diese Befugnis des Komm enthält, zustimmt (18). Denkbar ist jedoch auch eine Regelung, wonach der Kompl bei Vorliegen einer Voraussetzung, die sein Ausscheiden aus der Gesellschaft zur Folge hat, verpflichtet ist, seinen Geschäftsanteil einem Dritten, der nun Kompl wird, zu übertragen. Für die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung sprechen folgende Gründe: Zunächst steht fest, daß die Befugnis zur Übertragung der Mitgliedschaft als solche im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden kann (19). Die Gesellschafter erklären sich im voraus damit einverstanden, daß an die Stelle des ausscheidenden Gesellschafters ein neuer Gesellschafter tritt. Die Bestimmung dieses neuen Gesellschafters kann nun einem bestimmten Gesellschafter überlassen werden (20). Dieser ist meist der ausscheidende; er muß es aber nicht sein. So ist es möglich, daß ein Gesellschafter sich verpflichtet, seinen Kapitalanteil einem von einem Mitgesellschafter ausgewählten Dritten zu übertragen. Nachdem außerdem aber auch die Verpflichtung, auf Verlangen der bzw. eines Mitgesellschafter aus der Gesellschaft auszuschcheiden, wirksam ist (21), stehen der Regelung keine Bedenken entgegen. Dabei wird der auswahlberechtigte Gesellschafter (hier der Komm) im Zweifel auch berechtigt sein, den Aufnahmevertrag mit dem neuen Gesellschafter im Namen der übrigen abzuschließen (22). Der bisherige Kompl wird also auch bei dieser Konstruktion gegen einen

§ 140 Anm. 19 mit überzeugender Begründung gegen RGZ Bd. 109 S. 80.

- (16) Vgl. Hueck "OHG" S. 280: "Der Gesellschaftsvertrag kann für den Ausschließungsbeschluß Einstimmigkeit vorschreiben, er kann einen Mehrheitsbeschluß genügen lassen, er kann auch einzelnen Gesellschaftern das Recht zum Ausschluß anderer einräumen. Der Ausschluß kann an das Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Person des betreffenden Gesellschafters geknüpft sein. Der Gesellschaftsvertrag kann aber auch den Ausschluß in das Belieben der Gesellschafter stellen. Unterwirft sich ein Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag freiwillig derartigen Bestimmungen, so verstößt das nicht gegen die guten Sitten".
- (17) KGJ Bd. 11 S. 29 für die KGaA; Schlegelberger-Geßler § 177 Anm. 15; Weipert § 177 Anm. 32.
- (18) H. M. vgl. Hueck "OHG" S. 252; Schlegelberger-Geßler

neuen "ausgewechselt", ohne daß es seiner Mitwirkung bedarf. Sollte der Gesellschaftsvertrag die Möglichkeit zur Aufnahme eines neuen Gesellschafters bei Ausscheiden des Kompls nicht vorsehen und damit den Bestand der Gesellschaft nicht garantieren, so ist fraglich, ob das Ausscheiden oder der Ausschluß des einzigen Kompls zulässig ist. Dabei ist zunächst der Fall der Zweimanngesellschaft auszuschließen. Bei ihr ist, da Ausscheiden und Ausschluß des Kompls dazu führen, daß nur noch ein Gesellschafter (der Komm) vorhanden ist, nur die Auflösung der Gesellschaft - der Kompl bleibt dann bis zur Beendigung der Auflösung Gesellschafter der Abwicklungsgesellschaft - oder die Übernahme des Unternehmens durch einen Gesellschafter nach § 142 HGB möglich.

Stehen dem ausscheidenden bzw. auszuschließenden Kompl dagegen mehrere Komm gegenüber, so läßt diese Personenmehrheit den Fortbestand eines Gesellschaftsverhältnisses zu. Jedoch besteht ein anderes Bedenken. Kann das vertraglich vereinbarte Ausscheiden oder der Ausschluß des einzigen Kompls zulässig sein, wenn dann die Gesellschaft nur noch aus Komm besteht? Weipert (23) und der Bundesgerichtshof (24) lassen den Ausschluß zu. Er führe zwar notwendig zur Auflösung der Gesellschaft; es könne jedoch ein Interesse daran bestehen, die Abwicklung ohne den vertragsuntreuen persönlich haftenden Gesellschafter durchzuführen. Außerdem bestehe die Möglichkeit, die Liquidationsgesellschaft durch Aufnahme eines neuen persönlich haftenden Gesellschafters wieder in eine werbende Gesellschaft umzuwandeln. Gegenüber diesen praktischen Erwägungen Raum gebenden Gründen

§ 130 Anm. 12; Weipert § 130 Anm. 3; Boesebeck "Kapitalistische KG" S. 56; RGZ Bd. 128 S. 172 ff. (176).

(19) Hueck "OHG" S. 256; Schlegelberger-Geßler § 130 Anm. 13.

(20) Hueck "OHG" S. 252.

(21) Vgl. Hueck "OHG" S. 280 (oben FN 16).

(22) Hueck "OHG" S. 256.

(23) Weipert § 177 Anm. 38.

(24) Urteil v. 14. 5. 52 in BGHZ Bd. 6 S. 113 = NJW 52 S. 875 = JZ 52 S. 529 = BB 52 S. 478.

wird von den Gegnern darauf hingewiesen, daß es eine nur aus Komm bestehende Gesellschaft auch als Abwicklungsgesellschaft nicht geben könne (25). Eine Personengesellschaft, bei der kein Gesellschafter unbeschränkt haftet, sei unserem Recht fremd. Der ersatzlose Ausschluß des einzigen Kompls sowie sein vertraglich vereinbartes Ausscheiden (26) müßten deshalb unzulässig sein (27).

Diese Folgerung ist nur dann zwingend, wenn bei einer nur aus Komm bestehenden Abwicklungsgesellschaft wirklich niemand unbeschränkt haftet. Dies erscheint aber äußerst zweifelhaft. Geßler meint, eine unbeschränkte Haftung der Komm könne deshalb nicht bestehen, da diese keine OHG bilden wollten (28). Aber der Wille ist dafür, ob eine Personenvereinigung eine OHG darstellt, nicht entscheidend (29). Haben mehrere Personen sich zum gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes zusammengeschlossen, so bilden sie stets eine OHG, es sei denn, sie haben in zulässiger Weise von einer durch Gesetz zur Verfügung gestellten Haftungsbeschränkungsmöglichkeit Gebrauch gemacht (arg. aus § 105 I HGB). In vorliegendem Falle betreiben die Komm gemeinsam ein Handelsgewerbe, da auch die Abwicklung zum Betrieb des Handelsgewerbes gerechnet wird (30). Gleichzeitig fehlt es an einer zulässigen Haftungsbeschränkung. Aus dem Ausschluß der wirtschaftlichen Vereine von der bei Erfüllung gewisser Normativbestimmungen freien Körperschaftsbildung durch § 22 BGB folgt, daß das Gesetz keine Möglichkeit vorsieht, auf anderem

(25) So insbesondere Geßler in JZ 1952 S. 530 (Anm. zu Urt. d. BGH vom 14. 5. 52), derselbe in Schlegelberger-Geßler § 177 Anm. 17; ferner Staub-Pinner § 177 Anm. 11; Flechtheim § 177 Anm. 13.

(26) Zu beachten ist, daß beim Tod des Kompls dessen Erben an seine Stelle treten und damit weiter ein unbeschränkt haftender "Gesellschafter" vorhanden ist, so daß gegen die Entscheidung RGZ Bd. 106 S. 63 ff. (Wiederherstellung einer durch Tod des Kompls ins Abwicklungsstadium getretenen KG durch Aufnahme eines neuen Kompls während der Abwicklungszeit) keine Bedenken bestehen. Zur Stellung und Haftung des Gesellschaftererben vgl. näher die Kommentare zu § 131 HGB, ferner Liebisch in ZHR Bd. 116 S. 128 ff. (177 f.).

(27) Die Unzulässigkeit wird nur beim Ausschluß ausgesprochen; vgl. Schlegelberger-Geßler § 177 Anm. 17 (Ausschluß) gegenüber Anm. 15 (Ausscheiden); für das Ausscheiden des einzigen Kompls aus der Gesellschaft bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses muß jedoch - selbstverständlich abge-

Wege als in Form einer AG, GmbH oder eingetragenen Genossenschaft die beschränkte Haftung aller Mitglieder einer wirtschaftliche Ziele verfolgenden Personenvereinigung zu erreichen (31). Das bedeutet aber, daß die Gemeinschaft der Komm nach ersatzlosem Ausschuß bzw. Ausscheiden des einzigen Kompls dann, wenn sie das Handelsgewerbe weiter betreibt, eine OHG bildet, so daß jeder "Komm" für die ab diesem Zeitpunkt begründeten Verbindlichkeiten unbeschränkt haftet (32). Damit ist der Ausschuß des einzigen Kompls möglich, er wandelt aber die Gesellschaft in eine OHG um (33).

3.) Die Vereinbarungen zur Ergänzung und Abrundung des vermögensmäßigen Einflusses:

Sie kommen nur bei der Zweimanngesellschaft in der Form vor, daß der Komm bei Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses bzw. Ausscheiden des Kompls das Handelsunternehmen übernimmt. Das Übernahmerecht kann über § 142 HGB hinaus auf sonstige Fälle der Auflösung einer zweigliedrigen KG ausgedehnt werden, es kann ferner für alle Fälle einem bestimmten Gesellschafter (hier dem Komm) zustehen (34). Auf diese Weise wird vielfach dem Gesellschafter, der praktisch den ganzen Betrieb in die Gesellschaft eingebracht hatte, das Unternehmen erhalten. Die Übernahme des Unternehmens ersetzt die Liquidation. Dem Kompl steht lediglich ein Abfindungsanspruch zu (35).

4.) Anhang: Regelung des Stimmrechts bei Kommehrheit.

Besteht die KG aus mehreren Komm, so werden die Befugnisse der Kommgesamtheit eingeräumt. An der Stellung des Kompls ändert

sehen vom Tod des Kompls, vgl. hierzu oben FN 26 - gleiches gelten.

(28) In JZ 1952 S. 530 a. E.

(29) Vgl. Hueck "OHG" S. 11; Weipert § 105 Anm. 15; Baumbach-Duden § 105 Anm. 2 E; BGHZ Bd. 10 S. 91 ff. (97); BGH in BB 1957 S. 54.

(30) Hueck "OHG" S. 313.

(31) BGH in BB 1957 S. 54; Schultze v. Lausaulx in JZ 1952 S. 390 ff. (393). Beachte aber die Durchbrechung dieses Prinzips durch die Form der GmbH & Co.

(32) Eine beschränkte Haftung kann auch nicht daraus abgeleitet werden, daß die "Komm" als solche im Handelsregister eingetragen sind; vgl. hierzu eingehend unten S. 138 ff.

(33) Die Umwandlung hat nur für die Haftung Bedeutung, da bei einer Liquidationsgesellschaft auch die Komm nach §§ 161 Abs. 2, 146, 149 HGB vertretungsberechtigt sind; vgl. Schlegelberger-Geßler § 177 Anm. 21; Weipert § 177 Anm. 44.

sich dadurch nichts. Zusätzliche Vereinbarungen sind lediglich dazu nötig, eine Einhelligkeit des Willens der Kommgesamtheit zu erreichen, nachdem die Rechte aus §§ 117, 127, 140 HGB von allen Gesellschaftern geltend gemacht werden müssen. Dabei sind grundsätzlich Mehrheitsbeschlüsse vorgesehen. Die oben erörterten Rechte des Komm werden nun von der Kommehrheit ausgeübt (36).

Sind in der Gesellschaft mehrere Kompl vorhanden, so haben diese als Gesellschafter bei Ausschluß eines anderen Kompls nach § 140 HGB (ebenso bei §§ 117, 127 HGB) grundsätzlich mitzuwirken. verweigern Sie die Mitwirkung, so kann dies ein wichtiger Grund zum Ausschluß sein, so daß die Ausschlußklage auch gegen sie erhoben werden kann und damit ihre Mitwirkung entbehrlich wird (37). Meist wird jedoch das Entziehungs- und Ausschlußrecht nur den Komm eingeräumt. Die Kompl haben insoweit kein Stimmrecht. Dieser Ausschluß einzelner Gesellschafter vom Stimmrecht ist grundsätzlich zulässig (38). Eine Schranke stellt lediglich § 138 BGB (Verbot einer willkürlichen Auslieferung an die anderen Gesellschafter) dar, die jedoch dann, wenn der Kompl beim Ausschluß seiner Mitkomplementäre nicht gehört zu werden braucht, nicht verletzt ist.

§ 4 Das Ergebnis der Einflußnahme im Innenverhältnis:
Erweiterter Einfluß; herrschende Stellung; Zulässigkeit und Qualifikation dieser Erscheinungen

I.) Abgrenzung des Tatbestandes:

1.) Das Ausmaß des vom Komm gewonnenen Einflusses hängt davon

(34) Vgl. Hueck "OHG" S. 302.

(35) Hueck "OHG" S. 304; über einen Ausschluß des Abfindungsanspruchs oben S. 44, 45.

(36) Zur Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen vgl. Hueck "OHG" S. 110 ff.; Schlegelberger-Geßler § 119 Anm. 7. Über die Arten der Beschlußfassung Sudhoff S. 130 ff. und 135 f.

(37) Es können mehrere Gesellschafter gleichzeitig ausgeschlossen werden. Diese brauchen bei der Ausschließung nicht mehr mitzuwirken, wenn gegen sie der gleiche Ausschließungsgrund vorliegt. Hueck "OHG" S. 94.

(38) Vgl. Hueck "OHG" S. 107.

ab, in welchem Umfange er von den in den §§ 1 - 3 dieses Kapitels aufgezeigten Einflußmöglichkeiten Gebrauch gemacht hat. Der Versuch, die sich dabei ergebende Vielzahl von Gestaltungen zu ordnen, muß von wirtschaftlichen Kriterien ausgehen, nachdem die Einflußnahme auf ein Handelsunternehmen primär einen wirtschaftlichen Tatbestand darstellt (1). Zur Grenzziehung dient hierbei der Unternehmerbegriff. Die Stärke des vom Komm gewonnenen Einflusses läßt sich am besten daran erkennen, wie die Unternehmerfunktionen in der Gesellschaft verteilt sind. Besteht noch ein Vorrang des Kompls oder ist das Verhältnis zwischen Kompl und Komm schon ausgeglichen oder hat letzterer bereits ein Übergewicht erlangt? Ist dieses Übergewicht so groß, daß man von einer herrschenden Stellung sprechen kann? Dabei ist zu beachten, daß, obgleich nach der gesetzlichen Regelung alle Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit Unternehmer sind, doch die einzelnen Unternehmerfunktionen unterschiedlich verteilt sind (2). Die Einflußnahme kann nun entweder nur auf diese Verteilung der Unternehmerfunktionen einwirken oder aber auch darüberhinaus die Unternehmereigenschaft der einzelnen Gesellschafter beeinflussen, indem sie durch vollständige Verlagerung aller Unternehmerfunktionen auf einen bzw. einzelne Gesellschafter diese(n) zum alleinigen Unternehmer macht und damit den übrigen ihre an sich aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringende Unternehmereigenschaft nimmt. Aus dieser unterschiedlichen Wirkung erwächst die Abgrenzung der Einflußtatbestände. Dem Komm steht ein "erweiterter Einfluß" zu, solange er seine Unternehmerfunktionen - durch Angleichung an die Stellung des Kompls oder auch über diese hinaus - nur verstärkt; er hat eine "herrschende Stellung" erreicht, wenn er alle Zuständigkeiten auf sich vereinigt hat und damit zum alleinigen Unternehmer geworden ist. Es entscheidet, ob die Unternehmereigenschaft noch bei Komm und Kompl, wenn auch in unterschiedlicher Gewichtung, oder nur noch beim Komm liegt.

(1) Anders die Einflußnahme auf die Gesellschaft; doch ist dieser rechtliche Tatbestand das Mittel zur Durchsetzung des wirtschaftlichen Einflusses und damit hier die sekundäre Erscheinung.

(2) Vgl. oben S. 19.

2.) Die Merkmale der Unternehmerstellung sind oben (3) bereits kurz aufgezeigt. Unternehmer ist, wer die Dispositionen trifft und wem der Erfolg der wirtschaftlichen Betätigung zukommt (4). Eine herrschende Stellung des Komm erfordert daher den Ausschluß des Kompls von der Disposition und einer Beteiligung an Ertrag und Substanz der Gesellschaft. Dabei wäre es jedoch verfehlt, etwa aus der Übertragung der Alleingeschäftsführungsbefugnis auf den Komm ihm auf dem dispositiven Sektor bereits die alleinige Unternehmerstellung zuzusprechen oder umgekehrt aus einer - geringfügigen - Beteiligung des Kompls am Jahresgewinn dessen Mitunternehmerstellung abzuleiten. Auch die Alleingeschäftsführungsbefugnis des Komm läßt bei außergewöhnlichen Geschäften eine Mitwirkung des Kompls bestehen (§ 116 II HGB) (5), so daß in diesen Fällen beiden Gesellschaftern die Dispositionsbefugnis und damit eine Unternehmerfunktion zusteht, während andererseits eine Beteiligung des Kompls am Periodengewinn sich - wirtschaftlich betrachtet - nur als besondere Gehaltsmodalität darstellen kann. Entscheidend ist die Gesamtheit der Vereinbarungen. Sie müssen in ihrer Wirkung dazu führen, daß der Kompl von einer selbständigen, d. h. vom Komm unabhängigen Mitwirkung beider Geschäftsführung und einer Beteiligung an der Unternehmenssubstanz ausgeschlossen ist.

3.) Daraus folgt, daß die herrschende Stellung des Komm nicht durch einen Mustervertrag bestimmbar ist. Vielmehr kann sich die alleinige Unternehmerstellung aus unterschiedlichen Regelungen ergeben.

a) Was die Leitung des Unternehmens betrifft, so kommt es für die Unternehmerstellung entscheidend auf die Zuständigkeit in der Planung an (6). Dies ist gerade bei einer Aufteilung der Geschäftsführungszuständigkeiten zwischen Komm und Kompl zu beachten. Der Komm muß nicht selbst die Geschäftsführungsarbeit erledigen; es ist auch nicht erforderlich, daß er alles

(3) S. 19.

(4) Vgl. Schmalenbach S. 16.

(5) Vgl. auch § 117 HGB; hierzu näher unten S. 75 und S. 76 FN 41.

(6) Vgl. oben S. 33.

selbst bestimmt. Gerade im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsganges wird er dem Kompl vielfach freie Hand lassen und sich nur in außergewöhnlichen oder wichtigen Fällen die Entscheidung vorbehalten. Nicht die Abgrenzung nach dem Umfang der Aufgaben entscheidet - sie hängt wesentlich von der Tüchtigkeit des Kompl und dem Vertrauen des Komm ab - sondern der Umstand, ob der Komm in den letzten Fragen allein oder nur zusammen mit dem Kompl bestimmen kann.

Ein solches ausschließliches Dispositionsrecht des Komm kann sich bereits aus der Art, wie die Geschäftsführungsbefugnis zwischen Komm und Kompl geregelt ist, ergeben. So beherrscht der Komm die Geschäftsführung, wenn er allein ohne jede Mitwirkungsbefugnis des Kompls (7) zur Geschäftsführung berufen ist (unmittelbarer Einfluß); ebenso, wenn der formell geschäftsführungsbefugte Kompl in allem an seine Zustimmung und Weisung gebunden ist (mittelbarer Einfluß). Der Kompl ist hier nur Vollzugsorgan, die Dispositionen liegen beim Komm.

In allen anderen Fällen einer Regelung der Geschäftsführung können aufgrund der Mitwirkungs- und Eingriffsmöglichkeit des Kompls grundsätzlich nur beide zusammen als Unternehmer bezeichnet werden.

Ausnahmsweise ist jedoch auch bei einer solchen Regelung ein herrschender Einfluß auf die Unternehmensleitung möglich. Der Sachverhalt wurde oben (8) mit der Bezeichnung "latente Einflußnahme" bereits angedeutet. Die Übertragung einer selbständigen Geschäftsführungsbefugnis auf den Kompl steht einem herrschenden Einfluß des Komm nicht entgegen, wenn der Kompl in deren Ausübung vom Komm abhängig ist. Kann der Komm dem Kompl die Geschäftsführungsbefugnis entziehen, so ist diese - obgleich formell Ausfluß seiner Gesellschafterstellung und damit ein originäres Gesellschafterrecht - in ihrer Wirkung - und nur auf diese kommt es bei der Einflußnahme an - vom Komm abge-

(7) So, wenn dem Kompl die Rechte aus §§ 116 II und 117 HGB entzogen sind. Dazu, daß dies möglich ist, vgl. oben S. 38 für § 116 II HGB und S. 52 für § 117 HGB.

(8) S. 38, 39.

leitet. Räumt die gesellschaftliche Organisation dem Komm das Recht ein, den Kompl bei Nichtbefolgen bestimmter Weisungen oder nach freiem Ermessen aus der Geschäftsführerstellung durch Entzug der Geschäftsführungsbefugnis oder Ausschluß aus der Gesellschaft zu entfernen (9), so übt er auf die Geschäftsführung einen beherrschenden Einfluß aus, ungeachtet dessen, welche Bestimmungen der Gesellschaftsvertrag über die Regelung der Geschäftsführung als solche vorsieht. Er herrscht, indem er den disponierenden Kompl absetzt, austauscht oder "im Amt" beläßt.

b) Der beherrschende Einfluß auf den Unternehmenserfolg wird regelmäßig dadurch verwirklicht, daß der Kompl von einer wirtschaftlichen Beteiligung am Gesellschaftsvermögen ausgeschlossen wird. Dies geschieht entweder ganz offenkundig in der Weise, daß der Kompl keinen Kapitalanteil bilden darf (10) oder aber auch mehr verdeckt dadurch, daß er bei seinem Ausscheiden oder bei Auflösung der Gesellschaft in Höhe seines Kapitalkontos nominell abgefunden wird (11). Ergänzend hinzu kommen Vereinbarungen aus dem Bereich der gesellschaftlichen Organisation, welche das Liquidationsverfahren ausschließen und die Befugnis des Komm begründen, bei Ausscheiden des Kompls das Geschäft als Gesellschaft (Befugnis zur Aufnahme eines neuen Kompls) oder Einzelfirma (Übernahmerecht) fortzuführen (12). Doch bleibt zu beachten, daß diese Rechte des Komm nur dann eine Dokumentation seiner wirtschaftlichen Alleininhaberschaft sind, wenn er den ausscheidenden Kompl nicht anteilmäßig abfinden muß.

Ohne Belang sind daneben die Regelungen über die Gewinnbeteiligung. Fehlt sie und erhält der Kompl nur ein festes Gehalt, so wird dadurch die herrschende Stellung des Komm regelmäßig noch weiter verdeutlicht. Andererseits schließt jedoch eine zusätzliche Beteiligung des Kompls am Gewinn - prozentual oder in Form einer gewinnabhängigen Verzinsung seiner Einlage - die alleinige Unternehmerstellung des Komm nicht aus, soweit sie sich wirt-

(9) Oben S. 51 ff.

(10) Vgl. den Fall in RGZ Bd. 169 S. 105 f.

(11) Schmalenbach S. 16 spricht hier von Abfindung in "Darlehensform".

(12) Oben S. 54 f.

schaftlich betrachtet lediglich als Attribut der Gehaltsregelung darstellt, was dort, wo eine Beteiligung an der Unternehmenssubstanz fehlt schon aus diesem Grunde (13) in der Regel anzunehmen sein wird.

c) In der Art und Weise, wie die Einflußnahme des Komm vollzogen wird, offenbart sich ein unterschiedlicher Stil der Machtausübung. Neben die direkte, den Kompl ganz offenkundig ausschließende Art, wie sie für die Zweimann-KG bezeichnet ist, tritt die elegantere indirekte Methode, welche dem Kompl dem ersten Anschein nach eine gewisse selbständige Rechtsstellung beläßt und die zur herrschenden Stellung des Komm führende Abhängigkeit erst durch zusätzliche Regelungen aus dem Bereich der gesellschaftlichen Organisation herbeiführt. Die Abhängigkeit des Kompls wird verbrämt durch gewisse Gesellschafterrechte - eine größere Bereiche umfassende Geschäftsführungsbefugnis, Beteiligung am Periodengewinn - die den wahren Sachverhalt - alleinige letztinstanzliche Zuständigkeit des Komm in den Dispositionen und alleinige wirtschaftliche Beteiligung am Gesellschaftsvermögen - verdecken. Entscheidend ist jedoch dieser Sachverhalt. Er macht den Komm vom Mitunternehmer zum Alleinunternehmer und grenzt damit die "erweiterte Einflußnahme" und die "herrschende Stellung" eindeutig voneinander ab (14).

II.) Die Wirksamkeit der Vereinbarungen:

1.) Bedenken gegen die Wirksamkeit der Vereinbarungen wurden, soweit sie an einzelnen Vertragsklauseln anknüpfen, bereits bei deren Darstellung (oben §§ 1 - 3 dieses Kapitels) ausgeräumt.

(13) Vgl. oben S. 40 den Zusammenhang zwischen Jahresgewinn und Unternehmenswert.

(14) Dabei bleibt jedoch zu berücksichtigen, daß trotz dieser begrifflich klaren Trennung bei der Subsumption Schwierigkeiten auftreten können. Dies gilt etwa für den Vertrag Anlage III bei Boesebeck "Kapitalistische KG" S. 94 f.; für eine alleinige Unternehmerstellung des Komm spricht hier zunächst die vermögensmäßige Regelung, wonach das Gesellschaftsvermögen wirtschaftlich allein dem Komm zusteht (§§ 5, 8, 11, 14 des Vertrages) - darüber, daß der wirtschaftliche Effekt der Gewinnregelung wesentlich von der Höhe des durchschnittlichen Jahreserfolges abhängt vgl. oben S. 41/42 - , dagegen, daß die Selbständigkeit

Wenn die Frage hier nochmals aufgeworfen wird, so deshalb, weil die durch die Summierung der zulässigen Einzelregelungen ausgelöste Gesamtwirkung dazu Anlaß gibt. Es erscheint prüfenswert, ob die Einflußnahme zulässig dazu führen kann, daß der Komm alle Unternehmerfunktionen auf sich vereinigt oder ob nicht innerhalb der Einflußskala eine Grenze besteht, die nicht übersprungen werden kann.

a) Zunächst könnten aus der gesetzlichen Struktur der KG Bedenken dagegen erhoben werden, ob es zulässig ist, die Einflußnahme uneingeschränkt auszudehnen (Verstoß gegen § 134 BGB). Sie wurden jedoch oben (15) bereits ausgeräumt. Das Gesetz schützt das in den §§ 164 - 169 HGB zum Ausdruck kommende Kräfteverhältnis zwischen Komm und Kompl nicht sondern unterstellt es der Vertragsfreiheit. Der Typ der KG wird - entsprechend dem Verkehrsinteresse des Zivilrechts - durch das zwingend gestaltete Außenverhältnis geprägt.

Es ist allenfalls denkbar daraus, daß durch die Einflußnahme die in der gesetzlichen Regelung erkennbare Korrelation von Einfluß und Verantwortung umgestoßen wird, Folgen für die Pflichtenstellung des Komm abzuleiten und ihm auch das wirtschaftliche Risiko (in Form der Haftung und Verlusttragung) uneingeschränkt zu überbürden (16).

b) Die Wirksamkeit der Vereinbarungen ist damit allein an § 138 BGB zu prüfen. Den Ausgangspunkt bildet hierbei in erster Linie nicht die Macht des Komm sondern umgekehrt die durch die erweiterte bzw. herrschende Einflußnahme ausgelöste relative (im Verhältnis zum gesetzlichen Normalstatut) bzw. absolute Entmachtung des Kompl. Dabei liegt der Ansatz für die Sittenwidrigkeit wiederum nicht in der "Entmachtung" selbst sondern in deren Verknüpfung mit der dem Kompl verbleibenden Pflichtenstellung. Darf der Kompl entmachtet werden, obgleich er allein das wirtschaftliche Risiko durch seine unbeschränkte Haftung

des Kompl auf dem Bereich der Geschäftsführung gegenüber der gesetzlichen Regelung lediglich durch gewisse Zustimmungsmensrechte des Komm (§ 9 des Vertrages) eingeschränkt ist.

(15) S. 29 ff.

(16) Hierzu unten S. 119 und S. 127 ff.

und unbeschränkte Verlustbeteiligung voll trägt? (17)

2.) Ein evtl. Vorwurf der Sittenwidrigkeit der Vereinbarungen gründet, soweit er den Komm betrifft, in dem Verbot der Ausnützung einer Machtstellung zur Erlangung unangemessener Vorteile, soweit er auf den Kompl abstellt, in dem Verbot der Auslieferung an die Willkür eines anderen (18). Hinzu kommt, daß auch ein objektives Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung den Vorwurf der Sittenwidrigkeit zu begründen vermag, soweit noch andere Umstände, wie die Ausnützung einer besonderen Machtlage oder eine bloße verwerfliche Gesinnung des begünstigten Teils hinzutreten (19).

Entscheidend ist damit, ob bei der Einflußnahme des Komm durch die relative oder absolute Entmachtung des Kompl in Zusammenhang mit der ihm verbleibenden Haftung bzw. Verlusttragungspflicht eine Ausbeutung durch bzw. Auslieferung an den Komm oder/und ein aufgrund besonderer Umstände zu mißbilligendes Mißverhältnis zwischen seiner Leistung für die Gesellschaft und dem erlangten Gegenwert herbeigeführt wird.

Dies erscheint zunächst zweifelhaft. Es gibt keinen allgemeinen Grundsatz der Gleichberechtigung aller Gesellschafter (20). Vielmehr läßt das Gesetz selbst eine unterschiedliche Behandlung einzelner Gesellschafter bei der Geschäftsführung zu (a) bzw. sieht sie bei der Verlustregelung im Verhältnis von Komm zu Kompl ausdrücklich vor (b).

a) Der Ausschluß einzelner OHG-Gesellschafter von der Geschäftsführung wird durch § 114 HGB, der über § 161 II HGB auch für den Kompl gilt, vorgesehen. Gleichzeitig beeinflusst die fehlen-

(17) Damit unterscheidet sich die Fragestellung grundsätzlich von den sonstigen Fällen einer etwaigen Sittenwidrigkeit einer Vertragsklausel (vgl. etwa das Beispiel Huecks "OHG" S. 281, wonach die Vereinbarung, daß bei einem Ausscheiden eines Gesellschafters seine Einlage der Gesellschaft verfällt, sittenwidrig ist). Während dort der Vorwurf der Sittenwidrigkeit durch eine zusätzliche, den Gesellschafter belastende Vereinbarung begründet wird, erwächst er hier aus der Belastung des Kompl mit den aus dem Gesetz selbst sich ergebenden Gesellschafterpflichten.

(18) Coing in Staudinger Anm. 7 a, 7 c zu § 138 BGB.

(19) Coing in Staudinger Anm. 42 c zu § 138 BGB; RG in JW 1936 S. 1281 Nr. 1.

(20) Hueck "OHG" S. 67. Über den Vorrang der Vertragsfreiheit vor dem privatrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung vgl. fe

de oder vorhandene Geschäftsführungsbefugnis einzelner Gesellschafter nach der gesetzlichen Regelung ihre Haftung keineswegs. Auch der von der Gesellschaft ausgeschlossene OHG-Gesellschafter - nur die Stellung des "entrechteten", nicht die Machtfülle der übrigen Gesellschafter interessiert hier - haftet für die Gesellschaftsschulden unbeschränkt, obwohl er auf die Führung der Geschäfte und damit die Entstehung der Gesellschaftsverbindlichkeiten keinen unmittelbaren Einfluß nehmen kann. Seine fehlende Befugnis wird ausgeglichen durch das Vertrauen in die geschäftsführenden Gesellschafter sowie deren Verpflichtung, durch alle Maßnahmen stets die gemeinsamen Interessen zu fördern. Die geschäftsführenden Gesellschafter können insoweit als Treuhänder der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen bezeichnet werden (21). Die unbeschränkte persönliche Haftung des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafters ist damit nicht sittenwidrig. Zwar gründet der Ausschluß grundsätzlich in der wirtschaftlichen Machtstellung der anderen Gesellschafter. Aber diese erlangen nicht einen unangemessenen Vorteil, der ausgeschlossene Gesellschafter wird nicht der Willkür ausgeliefert.

b) Gleiches gilt für die Verpflichtung des Kompls zur alleinigen Tragung des Totalverlustes der Gesellschaft. Sie entspringt der gesetzlichen Regelung. Es wird deshalb niemand ernstlich vertreten wollen, daß ein KG-Vertrag, der die Teilung von Gewinn - evtl. nach Abzug einer Geschäftsführervergütung für den Kompl - und Verlust unter den je zu 50 % beteiligten Kompl und Komm anordnet im Hinblick darauf, daß bei einem Totalverlust nach Aufzehrung des Gesellschaftsvermögens der Verlustrest allein vom Kompl getragen wird, sittenwidrig sei. Gleiches muß aber auch gelten, wenn die Beteiligung des Kompls auf 20 %, 10 %, 5 % oder gar 2 % sinkt, wobei es hier für die Stellung des Kompls unerheblich ist, ob die übrigen 80, 90, 95 oder 98 % einem oder einer Vielzahl von Komm zustehen. Das hier bestehen-

ner Götz Hueck "Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht", München-Berlin 1958 S. 250 ff., 259 ff.

(21) Vgl. hierzu Siebert "Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis" S. 313 ff.: Treuhand auf gemeinsamer Berechtigung; besonders S. 319 "Der zum Auftreten nach außen ermächtigte Gesellschafter ist Treuhänder der anderen".

de hohe Verlustrisiko bei nur geringer Gewinnchance rechtfertigt nicht, die Regelung als sittenwidrig zu bezeichnen. Zwar besteht objektiv ein Mißverhältnis zwischen der Pflicht, den nach Aufzehrung des Gesellschaftsvermögens verbleibenden Verlust zu tragen, und der u. U. nur 2 %igen Beteiligung an Gewinn und Wertsteigerungen des Gesellschaftsvermögens, doch fehlt das Hinzutreten besonderer Umstände, das erst den Verstoß gegen § 138 BGB begründet (22).

Der innere Grund für diese Beurteilung liegt darin, daß bei den unter a) und b) erwähnten vertraglichen Regelungen jeweils noch ein echtes Gesellschaftsverhältnis besteht. Zwar ist ein Gesellschafter (Komm) überaus "groß" und der andere (Kompl) sehr "klein"; aber beide wirken noch zu dem gemeinsamen Betrieb des Handelsgewerbes zusammen. Der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Kompl hat bei ungewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen ein Zustimmungsrecht, er nimmt am Gesellschaftsvermögen durch seine - wenn auch geringe - Kapitaleinlage und seinen Kapitalanteil teil. Jeder Gesellschafter handelt gleichzeitig in eigenem und fremdem Interesse und die daraus entspringende Bindung an die Interessen der Mitgesellschafter verhindert, daß Haftung und Verlusttragungspflicht bzw. Geschäftsführung und überwiegende vermögensrechtliche Beteiligung als willkürliche Auslieferung bzw. unangemessener Vorteil erscheinen.

Die Verlusttragung und Haftung des Kompls kann damit nur sittenwidrig sein, wenn das Verhältnis zwischen Komm und Kompl zu einem reinen Austauschverhältnis herabgesunken ist. In diesem Falle fehlt die aus der Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks erwachsende gegenseitige Interessenwahrung, so daß in einem Mißverhältnis zwischen Haftung und unmittelbarem Einfluß bzw. Verlusttragung und Erfolgsbeteiligung eine Auslieferung an die Willkür bzw. eine unangemessene Vorteilsziehung eines Vertragspartners begründet sein kann.

3.) Für die Wirksamkeit der Einflußnahme des Komm ist damit entscheidend, ob die von ihm erlangte Stellung ihn noch zur

(22) Vgl. oben S. 66 und die dortige FN 19.

Wahrung der Interessen des Kompls nötig. Es kommt auf das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses an, während eine Verschiebung des Kräfteverhältnisses innerhalb der Gesellschaft auch unter dem Gesichtspunkt des § 138 BGB unerheblich ist. Die Frage nach der Wirksamkeit führt über die Qualifikation des Vertragsverhältnisses.

a) Damit bestehen gegen eine "erweiterte Einflußnahme" des Komm keine Bedenken. Sie wurde dadurch charakterisiert, daß zwar eine Verlagerung der Unternehmerfunktionen auf den Komm stattfindet - der Komm tritt etwa gleichberechtigt neben den Kompl oder jener wird auf die Stellung eines Komm zurückgedrängt - , der Kompl aber noch Mitunternehmer bleibt. Die Entmachtung erfolgt nicht vollständig. Trotz Beschränkung in der Geschäftsführung bleibt durch §§ 116 II und 117 HGB ein Einfluß auf die Dispositionen erhalten, auch bei nur geringfügiger wirtschaftlicher Beteiligung nimmt er durch seinen Kapitalanteil an der Unternehmenssubstanz teil. Die Kompetenzen innerhalb der Gesellschaft werden verändert, das Gesellschaftsverhältnis selbst bleibt erhalten.

b) Zweifelhaft ist dies jedoch bei Erlangung einer "herrschenden Stellung" durch den Komm. Die Begründung einer alleinigen Unternehmerstellung und die damit verbundene Entmachtung des Kompls lassen es äußerst fraglich erscheinen, ob hier noch eine gemeinsame Zweckverfolgung und damit eine gegenseitige Interessenwahrung stattfindet. Entfällt aber ein Gesellschaftsverhältnis, dann kann auch die Belastung eines Vertragspartners mit den typischen Gesellschafterpflichten Haftung und Verlusttragung sittenwidrig sein, da sie nicht durch die für die Gesellschaft typische Interessenlage gerechtfertigt ist.

III.) Die Qualifizierung der herrschenden Stellung:

1.) Die Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses gibt Aufschluß darüber, welche Rechtsvorschriften darauf anzuwenden sind. Kann der zur beherrschenden Stellung des Komm führende Vertrag als KG-Vertrag qualifiziert werden, so besagt dies, daß er den Normen des Gesellschaftsrechts untersteht. Damit ist die Qualifizierung nicht ohne Bedeutung. Wenn Würdinger ausführt, die Frage, ob im einen oder anderen Falle noch eine Gesellschaft²⁴

vorliege oder ein gewöhnlicher Vertrag sei bedeutungslos, da mangels einer Legaldefinition die Entscheidung nur von den Zufälligkeiten der Begriffsbestimmung abhängt, d. h. davon, welche Elemente in den Begriff "Gesellschaft" einbezogen werden und welche nicht (23). so hat er damit bereits unrecht. Das Gesetz definiert die Gesellschaft in § 705 BGB eindeutig dahin, daß sich Personen durch Vertrag gegenseitig verpflichten, einen gemeinsamen Zweck durch ihr Zusammenwirken zu fördern. Desgleichen treffen seine weiteren zunächst praktikabel erscheinenden Argumente nicht zu. Eine Qualifikation sollte entfallen, da eben stets die passenden Normen angewendet werden müßten, indem die nicht passenden eines Rechtsinstituts beiseite gelassen und die geeigneten eines anderen Instituts herangezogen würden. Dabei sei dafür, welche Normen nun zur Anwendung kämen, eben die Art der Interessenverbindung, die im konkreten Falle vorliege, maßgeblich (24). Die von Würdinger vorgenommene Wertung der Interessenverbindung ist aber nichts anderes als eine Qualifizierung, was deutlich darin zum Ausdruck kommt, daß sie einmal zur unmittelbaren, zum andern zur analogen Anwendung der Regeln des Gesellschaftsrechts führt. Was Würdinger spart ist nur die klare Bezeichnung als Gesellschaft, wenn Gesellschaftsrecht unmittelbar gilt, bzw. als Austauschverhältnis (etwa partiarisches Verhältnis), wenn bestimmte gesellschaftliche Regeln analog herangezogen werden (25).

2.) Die Erfordernisse der Gesellschaft ergeben sich hier aus §§ 161 I HGB und 705 BGB. Eine KG liegt im Innenverhältnis vor, wenn Kompl und Komm gemeinsam den Zweck verfolgen, ein Handelsgewerbe zu betreiben. Dies setzt voraus, daß der Betrieb des Handelsgewerbes beiden Gesellschaftern zum Vorteil gereicht, wobei der Vorteil jedoch auch außerhalb des Gesellschaftszwecks liegen kann (25a). Bezweckt der Vertrag nur den Vorteil des Komm so entfällt ein Gesellschaftsverhältnis. Die Beitragsleistungen des Kompls stehen dann in einem Austauschverhältnis (Dienstvertrag, Darlehen, Schenkung).

(23) Würdinger "Gesellschaften" I S. 29.

(24) Würdinger aaO S. 30.

(25) Vgl. über die analoge Heranziehung gesellschaftsrechtlicher Normen auf partiarische Verhältnisse Würdinger aaO S. 75.

(25a) Vgl. oben S. 43 FN 11, wo als solche "Vorteile" Familieninteressen, Geschäftsverbindungen etc. genannt sind.

Die Qualifizierung der Vereinbarungen zwischen Komm und Kompl als Gesellschaftsvertrag ist davon abhängig, daß ein gemeinsamer Zweck verfolgt wird. Dabei besteht eine Schwierigkeit darin, daß das wesentliche Begriffselement der Gesellschaft im Bereich des Subjektiven liegt. Die Gesellschaft wird vom Vorhandensein eines gemeinsamen Zwecks getragen. Sie erhält ihr besonderes Gepräge durch das Bestehen einer Willensgemeinschaft unter den Beteiligten. Trotzdem ist es möglich, das Vorhandensein (Fehlen) einer Gesellschaft auch objektiv zu erweisen. Der im Gesellschaftsvertrag vereinbarte gemeinsame Zweck, ein Handelsgewerbe zu betreiben, bedarf zu seiner Verwirklichung eines Vollzuges durch die Gesellschafter. Mit dem Abschluß des Vertrages entsteht damit gleichzeitig eine gesellschaftliche Organisation - Geiler (26) bezeichnet sie als gemeinschaftliche Wirtschaftsorganisation - innerhalb der der erstrebte Zweck verfolgt wird. In dieser Organisation muß die Gemeinschaftlichkeit des Zwecks zum Ausdruck kommen, wenn er als gemeinschaftlicher erstrebt und das Vertragswerk als Gesellschaft gewollt ist (27).

Maßgeblich ist also, wie weit die Verträge, die zu einer herrschenden Stellung des Komm führen, noch eine gesellschaftliche Struktur aufweisen. Dabei bezieht sich die Beurteilung nur auf das Innenverhältnis, einmal, weil sich der beherrschende Einfluß des Komm nur im Innenverhältnis vollzieht, zum andern, weil die Gestaltung des Außenverhältnisses unter dem Aspekt der Haftungsbeschränkung erfolgt (28), so daß ihr schon deshalb keine Bedeutung dafür zukommt, ob das Verhältnis von Komm zu Kompl als Gesellschaft gewollt ist.

3.) Die Prüfung, ob ein gesellschaftliches Gemeinschaftsverhältnis vorliegt, verlangt - wie Siebert ausführt (29) - eine

(26) Geiler in Düringer-Hachenburg Bd. II 1. Hälfte Anm. 16.

(27) Lang S. 5: "Ein Rechtsverhältnis läßt sich tatsächlich nur dadurch als Gesellschaft erweisen, daß der erstrebte Zweck auch innerhalb einer eigens dazu geschaffenen gemeinschaftlichen Organisation verfolgt wird".

(28) Vgl. oben S. 23.

(29) In NJW 1953 S. 806 f.

Betrachtungsweise, welche die verschiedenen Erscheinungs- und Wirkungsformen der Gesellschafterstellung und -betätigung abwägt. Dabei kann das eine Kriterium in seiner positiven oder negativen Bedeutung durch ein anderes zurückgedrängt werden, denn es wird immer auf eine zusammenfassende Würdigung aller für die Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses maßgebenden Umstände ankommen.

a) Nachdem die KG als Handelsgesellschaft auf die Erzielung von Gewinn durch den Betrieb des Handelsgewerbes gerichtet ist, liegt es nahe, die Verwirklichung des gemeinsamen Zwecks innerhalb der gesellschaftlichen Organisation zunächst in den Bestimmungen über die vermögensmäßige Beteiligung der Gesellschafter zu suchen. Soll der Kompl noch Gesellschafter sein, so muß er an Vermögen und Ertrag der Gesellschaft beteiligt sein. Hieran bestehen bereits erhebliche Zweifel.

Die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen vollzieht sich grundsätzlich dadurch, daß ein Gesamthandsvermögen gebildet wird. Nun läßt sich allerdings die Frage, ob eine Gesellschaft vorliegt nicht durch den Hinweis auf eine etwaige Vermögensgemeinschaft beantworten (30), nachdem diese ja erst dann entsteht, wenn der Zusammenschluß als Gesellschaft vollzogen wird. Wohl aber kann umgekehrt daraus, daß die Beteiligten die Wirkung einer Vermögensgemeinschaft ausschließen, auf den fehlenden Willen zur Bildung einer Gesellschaft, die ex lege eine gesamthänderische Vermögensgemeinschaft zur Folge hat, geschlossen werden. Die wesentliche "positive" Wirkung (31) der Vermögensgemeinschaft besteht darin, daß die Gesellschafter als Mitträger des Gesamthandsvermögens an den Wertschwankungen des Gesellschaftsvermögens Anteil haben. Dabei kommt der Wert dieser Anteilnahme in der Höhe der Liquidationsquote bei Auseinandersetzung oder Abfindung zum Ausdruck. In den Fällen einer beherrschenden Einfluktnahme des Kom wird ein Absichtungsanspruch des Kompls ausgeschlossen und, soweit eine Einlage geleistet wurde, diese nominell abgegolten (32). Es fehlt eine in ihrem Wert von den Schwankungen des Gesellschaftsvermögens abhängige Beteiligungsquote. Daraus folgt, daß bei dieser Gestaltung eine wirkliche Vermögensgemeinschaft nicht gewollt

(30) So irreführend die Formulierung Langs S. 6 a.E.: "Wo ein solches selbstständiges Zweckvermögen vorhanden ist, rechtfertigt sich auch die Annahme einer Gesellschaft".

(31) Die "negative" Wirkung ist in § 719 BGB begründet.

(32) Vgl. oben S. 63.

ist. Der Kompl nimmt in vermögensmäßiger Hinsicht bei wirtschaftlicher Betrachtung - juristisch ist er selbstverständlich Mitträger des Gesamthandsvermögens, solange aus irgendwelchen Gründen ein Gesellschaftsverhältnis bejaht wird - keine Gesellschafterstellung ein. Gleiches gilt bezüglich der Erfolgsbeteiligung, wenn der Kompl nur ein festes Gehalt erhält. Eine fehlende Teilnahme am Gewinn des Unternehmens schließt zwar ein Gesellschaftsverhältnis nicht notwendig aus. Erforderlich ist jedoch, daß dieses Manko - das Gehalt ist lediglich Entgelt für die Tätigkeit in der Geschäftsführung - durch ein anderes Interesse an dem gemeinsamen Betrieb des Handelsgewerbes ausgeglichen wird (33), was hier regelmäßig nicht der Fall ist (34).

Vielfach sehen die Vereinbarungen über die Erfolgsbeteiligung neben der Gehaltsregelung allerdings zusätzlich eine Teilnahme des Kompls am Gewinn in Form einer prozentualen Beteiligung oder gewinnabhängigen Einlagenverzinsung vor. Trotzdem bleibt es fraglich, ob dadurch ein Gesellschaftsverhältnis begründet wird, da eine Gewinnbeteiligung sowohl innerhalb einer Gesellschaft als auch innerhalb eines partiarischen Rechtsverhältnisses vorkommen kann. Der Unterschied zwischen beiden liegt darin, daß bei dem partiarischen Verhältnis der Leistende das Unternehmen des Leistungsempfängers nicht in Gemeinschaft mit diesem betreibt sondern nur ein Austauschverhältnis vorliegt mit der Besonderheit, daß das Entgelt in einer Gewinnbeteiligung besteht. Die Ertragsgemeinschaft wird mit einem Leistungsaustausch- oder Geschäftsbesorgungstatbestand verbunden (35). Sie ist Beteiligung an dem Endergebnis des Geschäfts (36) und als solche ein reiner schuldrechtlicher Anspruch. Ob mit der Gewinnbeteiligung

(33) Vgl. oben S. 42/43, insbesondere FN 11.

(34) Allerdings soll nach ü. M. (vgl. oben S. 43 FN 11) auch das Interesse an der Erzielung eines Gehalts ausreichend sein. Die Gehaltszahlung ist jedoch insoweit neutral, als sie sowohl bei einer Gesellschaft als auch bei einem Dienstverhältnis vorkommt, so daß ein Gesellschaftsverhältnis sich erst aus zusätzlichen Umständen erweisen läßt. Vgl. hierzu entsprechend die folgenden Ausführungen im Text.

(35) Würdinger "Gesellschaften" I S. 74.

(36) So insbesondere Lang S. 30; vgl. auch OLG Karlsruhe in OLG Bd. 13 S. 395 f., das ausführt, daß, wenn eine Beteiligung an einem Unternehmen, das in Ansehung sowohl der Geldmittel als auch der notwendigen Arbeitsleistung einem andern allein obliegt, erst nach Durchführung des Geschäftes in dem Sinn praktische Bedeutung gewinnt, daß das finanziel-

an dem Unternehmen eine Beteiligung an dem Ergebnis eines fremden Geschäfts oder einem gemeinschaftlichen Geschäft (Gesellschaft) besteht, kann aus den vermögensrechtlichen Vereinbarungen nicht entnommen werden (37). Der Kompl braucht trotz Gewinnbeteiligung nicht Gesellschafter zu sein. Es kommt vielmehr darauf an, ob sich aus den sonstigen Vermögensrechten - dies trifft hier bereits nicht zu - oder aus der verwaltungsrechtlichen Stellung des Kompls eine personenrechtliche Vereinigung (Zweckgemeinschaft) erweisen läßt (38).

b) Die beherrschende Einflußnahme des Komm schließt auch im Bereich der Mitverwaltungsrechte eine auf eigenem Recht begründete selbständige Mitwirkung des Kompls und damit eine Gesellschafterstellung aus.

Dies zeigt bereits die Regelung der Geschäftsführung. Die Geschäftsführungsbefugnis des Kompls darf von ihm nur innerhalb der vom Komm zugewiesenen Schranken ausgeübt, sie kann jederzeit von ihm widerrufen werden. Damit verliert sie den Charakter eines originären, auf der Gesellschafterstellung beruhenden Rechts. Die Stellung des Kompls gleicht objektiv der eines aufgrund Dienstvertrages Beschäftigten. Auch dieser ist den Weisungen des Dienstherrn unterworfen, auch ihm kann seine Geschäftsführungstätigkeit entzogen werden.

Nun kann andererseits trotz völligen Fehlens einer eigenrechtlichen Mitwirkung bei der Geschäftsführung ein Gesellschaftsverhältnis bestehen. Es genügt, wenn der Komm bei seiner allei-

le Ergebnis auch zu Gunsten und Lasten des Beteiligten geht, weiter nichts als ein partiarisches Verhältnis vorliegt.

(37) Dies gilt auch für die Annahme einer Gesellschaft ohne Gesellschaftsvermögen, wie in dem Falle RGZ Bd. 80 S. 268 ff., wo der Gesellschaftserfolg mit Mitteln, die im Alleineigentum eines Gesellschafters standen, erzielt wurde. Auch hier muß das - wegen Fehlens der dinglichen Vermögensgemeinschaft - nur schuldrechtliche Gesellschaftsverhältnis aus anderen Momenten erschlossen werden.

(38) Unzutreffend ist der Hinweis Würdingers "Gesellschaften" I S. 76, daß, wenn eine verlusttragung vereinbart sei, in der Regel eine Zweckgemeinschaft in Form der Innengesellschaft vorliege (ebenso Wieland I S. 470 FN 53). Die Stellung eines Gesellschafters ist in erster Linie eine Rechtsstellung und kann nur aus der Einräumung von Gesellschafter-

nigen Bestimmung der Geschäftspolitik die Interessen des Kompls zu wahren hat, diesem gegenüber also die Geschäftsführung geschuldet wird (39). Dabei kann der Nachweis einer solchen Schuld jedoch wiederum nur aus der gesellschaftlichen Organisation erbracht werden, denn wo diese Organisation und damit das Gesellschaftsverhältnis selbst fehlt, entfällt auch eine dem Kompl geschuldete Geschäftsführung (40).

Es kommt also letztlich darauf an, ob der Kompl bei der Organisation der Gesellschaft überhaupt noch entscheidend mitzubestimmen hat. Dies ist regelmäßig nicht der Fall, wenn der Komm in dem oben genannten Sinn eine beherrschende Stellung hat. Zwar ist es denkbar, dann, wenn die Geschäftsführungsbefugnis des Komm nicht ausdrücklich als unwiderrufliche eingeräumt ist, dem Kompl wegen der ihm durch § 117 HGB verliehenen Rechtsstellung einen Einfluß auf die Geschäftsführung zuzusprechen und eine "Schuld" des Komm ihm gegenüber anzunehmen (41). Andererseits gibt § 117 HGB dem Kompl jedoch regelmäßig nur eine theoretische Mitwirkungsmöglichkeit, die praktisch nicht wirksam wird, da der von ihr Gebrauch machende Kompl vom Komm aus der Gesellschaft entfernt wird (durch Ausschluß oder auch Kündigung, die zu seinem Ausscheiden führt). Berücksichtigt man zudem, daß, während der Komm die Befugnis erhält, die Gesellschafterrechte des Kompls (Geschäftsführungsbefugnis, Vertretungsmacht) zu entziehen oder ihn aus der Gesellschaft auszuschließen, die Rechte des Kompls, die Auflösung der Gesellschaft oder den Ausschluß eines Gesell-

rechten abgeleitet werden. Der Schluß von der Überbürdung der Verlusttragungspflicht auf die Gesellschafterstellung ist nicht zwingend. Vgl. hierzu auch RG in JW 1910 S. 5 Nr. 5, das einen Fall zu entscheiden hatte, in dem ein Angestellter mit der Verlusttragung belastet worden war (dazu noch näher unten S. 80 f.

- (39) Wieland I S. 469: "Eine Vereinbarung, wonach ein Teilhaber sich die völlig freie, an keinerlei Rechenschaftspflicht gebundene Verfügung vorbehält, ist kein Gesellschaftsvertrag. Dem Gesellschafter muß mithin unter allen Umständen irgend welcher Einfluß auf die Geschäftsführung zustehen. Soll die Führung der Geschäfte durch einen Gesellschafter besorgt werden, so muß sie den Mitgesellschaftern geschuldet sein!"
- (40) Eine Schuld kann damit nicht aus der Haftung des geschäftsführenden Gesellschafters für eine Schlechterfüllung seiner Tätigkeit gefolgert werden, da diese ja erst erwiesen werden muß.

schafters zu verlangen oder bei der Aufnahme neuer Gesellschafter mitzuwirken, regelmäßig entzogen werden, so ist ihm damit jeder Einfluß auf den Bestand und die Organisation der Gesellschaft genommen. Seine einzige Befugnis ist, das Gesellschaftsverhältnis zu kündigen, was stets jedoch wiederum nur sein Ausscheiden unter Fortführung des Geschäfts durch den Komm zur Folge hat.

c) Die beherrschende Einflußnahme des Komm führt damit dazu, daß der Kompl keine Gesellschafterstellung mehr inne hat. Dabei steht nicht entgegen, daß einzelne Momente noch für eine Gesellschafterstellung sprechen können (Gewinnbeteiligung, Leistung einer Einlage), andere eine Gesellschaft nicht notwendig ausschließen (fehlende Geschäftsführungsbefugnis, wenn die Geschäftsführung vom Komm geschuldet ist). Entscheidend ist, wie sich die Stellung des Kompls insgesamt darstellt. Dabei ergibt sich, daß der Bestand der Gesellschaft allein vom Komm bestimmt wird und die Entscheidung des Kompls sich nur darauf bezieht, ob er selbst - in dem vom Komm vorgegebenen Rahmen - mitwirkt oder nicht (Kündigungsrecht). Der Kompl steht tatsächlich einem fremden Geschäftsherrn gegenüber. Er ist wie ein Dienstverpflichteter auf die Auflösung des Vertrages durch Kündigung angewiesen, wenn er mit der Geschäftspolitik (Geschäftsführung, Gewinnregelung) nicht einverstanden ist. Der "Gesellschaftsvertrag" begründet objektiv ein Dienstverhältnis und, soweit eine Einlage geleistet und bei Ausscheiden nominell rückvergütet wird, gleichzeitig ein Darlehensverhältnis, die bei einer zusätzlichen Gewinnbeteiligung einen partiarischen Charakter erhalten (partiarischer Dienstvertrag bei prozentualer Gewinnbeteiligung, partiarisches Darlehen bei gewinnabhängiger Verzinsung der Einlage).

Dieses Ergebnis erscheint auch einleuchtend. Der Begriff der Kommanditgesellschaft setzt voraus, daß alle Gesellschafter das Unternehmen betreiben und ihnen damit in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit die Unternehmereigenschaft zukommt (42)

(41) Vgl. Lang S. 28: "Die Entziehungsbefugnis stellt die unterste Grenze für die Beschränkung des Einflusses eines Genossen auf die Führung der Geschäfte einer Gemeinschaft dar".

(42) Vgl. oben S. 19.

Eine herrschende Stellung eines Gesellschafters (Gesellschaftergruppe) dagegen verlangt, daß er (sie) allein zum Unternehmer geworden ist. Sie schließt damit aus, daß zwischen Komm und Kompl ein Gesellschaftsverhältnis besteht, denn der Kompl kann nicht gleichzeitig Angestellter - wie es die herrschende Stellung des Komm erfordert - und Unternehmer - wie es das Gesellschaftsverhältnis voraussetzt ¹ sein. Insbesondere ist es unzutreffend, ihn "tatsächlich" oder "wirtschaftlich" als Angestellten zu bezeichnen, rechtlich aber als Gesellschafter zu behandeln (43), denn letzteres ist gerade die rechtliche Form der ihm fehlenden wirtschaftlichen Unternehmerstellung.

Dadurch unterscheidet sich die herrschende Stellung eines Gesellschafters grundsätzlich von einer sonstigen erweiterten Einflußnahme. Wird die Einflußnahme nur so weit ausgedehnt, daß ein Gesellschafter zwar ein Übergewicht erhält, er aber immer noch in seinen Geschäftsführungsmaßnahmen dem anderen verantwortlich ist und ihm der Unternehmenswert nicht ausschließlich zusteht, so bleibt das Gesellschaftsverhältnis erhalten.

4.) Der Umstand, daß eine herrschende Einflußnahme eines Gesellschafters zur Ausschaltung des Gesellschaftsverhältnisses im Innenverhältnis führt, wurde bisher kaum beachtet. So schreibt Geßler bei der Begriffsbestimmung der OHG (44) zwar, daß dann, wenn ein Gesellschafter nur eine festgesetzte Summe erhält, er auch sonst von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, ihm keine Geschäftsführungs- (§ 114 HGB) und Kontrollrechte (§ 118 HGB) zustehen, eine Gesellschaft nicht mehr anzunehmen sein wird sondern je nach seinem Beitrag ein Darlehen oder Dienstvertrag. Bei den Anmerkungen, die sich mit der Einflußnahme des Komm auseinandersetzen (45), wird dieser Gedanke jedoch nicht mehr aufgenommen. Desgleichen fehlt in den einschlägigen Dissertationen (46) ein Versuch, die sich aus der Einflußnahme des Komm ergebende Stellung des Kompls zu bestimmen. Der Grund liegt vermutlich darin, daß man stets nur die verwaltungsrechtliche Seite betrachtete, was den Blick für die gesamte ge-

(43) So RG und BGH, vgl. unten S. 78 FN. 47.

(44) In Schlegelberger § 105 Anm. 6; ebenso Flechtheim § 105 Anm. 2.

(45) Schlegelberger-Geßler § 161 Anm. 31, § 164 Anm. 7 ff., § 169 Anm. 7.

gesellschaftliche Stellung und damit die Frage, ob überhaupt noch eine Gesellschaft vorliegt, versperrte. Die zivilrechtliche Rechtssprechung verweist in Fällen einer beherrschenden Einflußnahme des (der) Komm darauf, daß der Kompl "tatsächlich nur die Stellung eines Angestellten innehat", daß sich "seine Stellung stark der eines leitenden Angestellten nähert" (47). Gemeint ist damit jedoch offenbar nur eine Art wirtschaftlicher Charakterisierung, nachdem es bisher unterlassen worden ist, ihn auch rechtlich als Nicht-Gesellschafter zu behandeln. Lediglich die steuerrechtliche Rechtssprechung hat entsprechend der ihr eigenen Erfassung des wirtschaftlichen Geschehens aus der Abhängigkeit des Kompls die rechtlichen Folgerungen gezogen und ihn nicht nur tatsächlich als Angestellten bezeichnet sondern auch steuerlich als Angestellten behandelt (48).

IV.) Die Anwendbarkeit gesellschaftsrechtlicher oder austauschvertraglicher Normen:

1.) Hat der Komm eine beherrschende Stellung erlangt, so besteht zwischen ihm und dem Kompl ein reines Austauschverhältnis.

a) Es ist regelmäßig ein Dienstvertrag, der, soweit dem Kompl dabei noch ein selbständiger Tätigkeitsbereich wirtschaftlicher Art für und im Interesse des Komm übertragen ist (49), eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat. Hinzu kommt jeweils, soweit eine Einlage geleistet ist, ein Darlehensverhältnis. Daß der Vertrag als "Gesellschaftsvertrag" bezeichnet ist, ändert daran nichts. Entscheidend ist die wirkliche Natur des begründeten Rechtsverhältnisses (50). Nachdem eine Gesellschaft nicht besteht, entfällt auch

(46) Vgl. oben S. 4 FN 5.

(47) Vgl. etwa RGZ Bd. 169 S. 105, BGHZ Bd. 6 S. 113.

(48) RFH in RStBl. 1931 S. 275, RFH in StW 1933 Nr. 280.

(49) RGRKommentar § 675 Anm. 1; Palandt § 675 Anm. 2; eine solche Selbständigkeit ist in der Regel bei den sog. typischen kapitalistischen Kommanditgesellschaften anzutreffen.

(50) Das Ergebnis läßt sich auch mit § 117 BGB begründen: Die nicht vollzogene und damit nicht gewollte Gesellschaft ist das unwirksame simulierte Geschäft (Abs. 1), das vollzogene Austauschverhältnis das gewollte und damit wirksame dissimulierte Geschäft (Abs. 2).

ein Gesellschaftsvermögen. Das Betriebsvermögen steht im Alleineigentum des Komm. Dieser betreibt - im Innenverhältnis - ein Einzelunternehmen.

Steht dem Kompl eine kommehreheit gegenüber, so bildet diese eine Gesellschaft. Ihr gemeinsamer Zweck ist der Betrieb des Handelsgewerbes. Die Vermögensgemeinschaft wird durch die Leistung der Kapitaleinlagen, die Organisation durch die Einrichtung der Kommversammlung und/oder des Kommausschusses (51) geschaffen. Die Gesellschaft erfüllt damit im Innenverhältnis die Voraussetzungen einer OHG - nach außen tritt die Kommgesamtheit als solche nicht in Erscheinung - mit der Folge, daß sie im Innenverhältnis als solche behandelt werden muß und zwar auch gegen den Willen der Beteiligten, eine OHG nicht bilden zu wollen (52).

b) Damit ist es unzulässig, daß die Vertragspartner sich als Komm und Kompl bezeichnen und nach außen als KG auftreten. Die KG ist nicht eine Haftform, derer sich die Beteiligten nach Belieben bedienen können, um ihr Risiko zu beschränken (53). Sie kann als Gesellschaftsform vielmehr nur dort für das Auftreten im Rechtsverkehr gewählt werden, wo tatsächlich ein Handelsgewerbe von mehreren Personen gemeinsam betrieben wird, wobei notwendig wenigstens eine dieser Personen unbeschränkt und eine beschränkt haftbar sein muß (54). Demgemäß muß eine etwa eingetragene gemeinsame Firma nach § 142 FGG von Amts wegen gelöscht werden.

c) Ferner entfällt im Verhältnis des "Komm" zum "Kompl" die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Normen, ungeachtet dessen, ob die Vertragspartner nach außen als KG auftreten. So entsteht etwa durch die Eintragung ins Handelsregister keine Ge-

(51) Vgl. hierzu Boesebeck "Kapitalistische KG"; Schlegelberger-Gekler § 161 Anm. 31; Weipert § 161 Anm. 32.

(52) Vgl. oben S. 57/58, besonders FN 29. Zur Stellung nach außen, insbesondere Haftung vgl. unten S. 138 ff.

(53) Laband ZHK Bd. 30 S. 509 und Wieland I S. 501 ff. (506), der die Bildung einer "Außengesellschaft" bei bloßem Firmen- und Haftungskonsens zuläßt, ohne daß im Innenverhältnis ein Gesellschaftsverhältnis gewollt zu sein braucht.

(54) H. M. vgl. Hueck "OHG" S. 4, 5 mit weiteren Nachweisen.

sellschaft nach § 5 HGB. Dieser schließt lediglich den Einwand aus, das unter der Firma betriebene Gewerbe sei nicht Grundhandels-gewerbe oder verlange keinen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb, nicht aber, daß die eingetragene Gesellschaft nicht bestehe. Desgleichen wird keine sog. faktische Gesellschaft (55) begründet und damit die Anwendung einzelner gesellschaftsrechtlicher Normen möglich. Ihre Anerkennung beruht darauf, daß die Gesellschafter trotz Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrages sich übereinstimmend als Gesellschafter betrachtet und demgemäß betätigt haben. Dies ist hier aber gerade nicht der Fall. Die Gesellschaft wird zwar nach außen gezeigt, unter den Beteiligten jedoch nicht gewollt und verwirklicht. Das Verhältnis könnte lediglich als "Scheingesellschaft" bezeichnet werden, nachdem die Benennung des Vertrages als "Gesellschaft" auf den Abschluß eines Scheingeschäftes nach § 117 BGB hinweist (56). Nachdem unter "Scheingesellschaft" jedoch auch eine nach außen als Gesellschaft auftretende Personengesamtheit verstanden wird - klarer ist hierfür die Bezeichnung "Aukengesellschaft" - und sich mit dem Begriff die Anwendung gewisser gesellschaftsrechtlicher Normen verbindet (57), ist es zur Vermeidung von Verwechslungen angebracht, für das Innenverhältnis von einer Nicht-Gesellschaft zu sprechen.

2.) Mit dem Ergebnis einer Nicht-Gesellschaft ist es jedoch gleichzeitig möglich, daß das Vertragsverhältnis im Hinblick auf die den Kompl. betreffende Verlusttragung und Haftung gegen die guten Sitten verstößt (58).

a) Daß eine Vereinbarung, wonach einem Angestellten eine Pflicht zur Verlusttragung auferlegt wird, gegen die guten Sitten verstoßen kann, geht schon aus einer Entscheidung des Reichsgerichts vom 26. 11. 1909 (59) hervor.

(55) Vgl. BGH in DB 1953 S. 553. Zur faktischen Gesellschaft allg. vgl. Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 62 mit zahlreichen Hinweisen.

(56) Vgl. oben S. 78 FN 50.

(57) Vgl. unten S. 103 (Rechtsschein) und S. 138 ff. (Haftung der "Aukengesellschaft").

(58) Es fehlt das Regulativ der Interessenwahrung; vgl. oben S. 69.

(59) In JW 1910 S. 5 Nr. 5.

In dem zu entscheidenden Falle war vereinbart worden, daß das endgültige Gehalt eines Handlungsgehilfen in einer gleichen Beteiligung an Gewinn und Verlust bestehen sollte. Dabei wurden in die Gewinn- und Verlustrechnung lediglich zum Zwecke der Gewinnermittlung besondere, den Gewinn schmälernde Abschreibungen aufgenommen. Ergab sich danach ein Verlust, so mußte der Angestellte die vorläufige monatliche Entnahme von RM 250,-- entsprechend zurückzahlen. Das Reichsgericht führte hierzu aus, es sei nicht angängig, einen Handlungsgehilfen, zumal wenn er kein Vermögen besitze, ohne ihm ein bestimmtes Gehalt zuzubilligen an dem Verlust des Geschäfts derart zu beteiligen, daß er für die geleistete Arbeit nichts erhalte, sobald das Geschäftsergebnis ungünstig sei.

Der Fall liegt hier vergleichbar. Der "Kompl" ist zwar regelmäßig von der Beteiligung am Periodenverlust - die Entscheidung des Reichsgerichts befaßte sich offenbar mit diesem - ausgeschlossen und durch ein festes Gehalt sichergestellt, doch hat er stets den nach Aufzehrung der Kommanditeinlage verbleibenden Totalverlust zu tragen (60). Diese Verpflichtung enthält für den "Kompl" das Risiko, u. U. für seine jahrelange Arbeit in dem Unternehmen "nichts zu erhalten". Sie begründet ein objektives Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung des "Kompls", das durch die Tendenz des "Komm", das Unternehmerrisiko abzuwälzen, zu einem sittenwidrigen wird (61). Die Vereinbarung einer beschränkten Verlustbeteiligung des "Komm" ist damit nach § 138 BGB nichtig. Der "Kompl" kann nicht wirksam verpflichtet werden, die nach Aufzehrung der Kommeinlage(n) noch offenen Geschäftsverbindlichkeiten aus eigenem Vermögen zu erfüllen.

b) Zweifelhaft ist, ob darüberhinaus auch der Umstand, daß der "Kompl" das Haftungsrisiko uneingeschränkt trägt, die Vereinbarung der "herrschenden Stellung" sittenwidrig macht. Die Frage ist aus zwei Gründen zu verneinen.

(60) Vgl. §§ 4 II und 7 II der Verträge Anlage II und III bei Boesebeck "Kapitalistische KG" S. 92 ff. Die oben S. 45/46 zitierte Entscheidung RGZ Bd. 169 S. 105 f. kann nur für die Fälle herangezogen werden, wo eine Vereinbarung über die Verlusttragung fehlt.

(61) Vgl. oben S. 66 und die dortige FN 19.

Die Haftung des "Kompls" beruht im Gegensatz zur Verlustregelung nicht auf einer Vereinbarung der Vertragspartner sondern entsteht dadurch, daß der Angestellte nach außen wie ein Kompl auftritt (62). Oben (63) wurde nun schon festgestellt, daß das Auftreten als KG bzw. Gesellschafter einer KG unzulässig ist, wenn das Handelsgewerbe nicht auch im Innenverhältnis als gemeinsamer Zweck betrieben wird. Ein Angestellter kann deshalb nicht zu einem Auftreten als Kompl verpflichtet werden (§ 134 BGB). Damit kann er aber seine unbeschränkte Haftung vonvorneherein dadurch vermeiden, daß er nicht als Kompl auftritt; er kann ferner, soweit dies schon geschehen ist, die Haftung für die Zukunft dadurch beseitigen, daß er den die Haftung begründenden Rechtsschein zerstört.

Im übrigen erscheint die Überbürdung des Haftungsrisikos auf den "Kompl" als Ansatzpunkt für eine zu einer Sittenwidrigkeit führende Ausbeutung ungeeignet. Entscheidend dafür, wer letztlich das Unternehmerrisiko trägt, ist nicht die Haftung sondern die Verlustregelung. Die aus ihr entspringenden Ausgleichs- und Liberalisierungsansprüche und nicht eine fehlende oder beschränkte Haftung begrenzen das Risiko der Gesellschafter (64).

Fraglich ist jedoch, ob hier ein solcher Liberalisierungsanspruch gegeben ist, nachdem zwischen den Vertragspartnern kein Gesellschaftsverhältnis besteht.

Die Rechtssprechung hat bisher in Fällen, wo eine Einzelfirma durch einen "Strohmann" betrieben worden ist, diesem aus der Natur des Strohmannverhältnisses und aus §§ 670/257 BGB einen Befreiungsanspruch gegen den Hintermann zugesprochen (65). Ammerbacher (66) will diese Rechtssprechung auch auf die KG übertragen und in Fällen, die in etwa dem vom Reichsgericht in RGZ Bd. 169 S. 105 entschieden entsprechen (67) dem Kompl einen

(62) Über die Rechtsscheinhaftung vgl. unten S. 103/104 u. 138 f.
(63) S. 79.

(64) Oben S. 40/41 und 47 - 49.

(65) RGZ Bd. 84 S. 304, OLG Celle in JW 1938 S.1591.

(66) Diss. S. 74 ff.

(67) Vgl. die ausführliche Wiedergabe dieser Entscheidung oben S. 45 f.; Ammerbachers Abgrenzung des Tatbestandes ist lei-

Befreiungsanspruch aus § 670 BGB gewähren. M. E. ist diese Lösung nicht haltbar. Die von der Rechtssprechung entschiedenen Fälle unterscheiden sich von dem vorliegenden grundsätzlich. In ihnen war der "Strohmann" kraft eines Auftragsverhältnisses verpflichtet, nach außen als Inhaber der Firma aufzutreten. Diese Verpflichtung war wirksam, da das Recht eine verdeckte (mittelbare) Stellvertretung zulässt. Damit sind die durch sein Handeln in eigenem Namen in seiner Person begründeten Schulden "Aufwendungen zum Zwecke der Erfüllung des Auftrags" (§ 670 BGB). Anders in vorliegendem Falle. Die Haftung entspringt hier einem unzulässigen Verhalten, dem Auftreten eines Angestellten als Kompl. Das Verhalten kann damit nicht zur Erfüllung eines Auftrages erfolgen, so daß ein Ersatz- und Freistellungsanspruch aus §§ 670, 257 BGB entfällt.

Desgleichen kann ein Befreiungsanspruch nicht über §§ 677, 683 I BGB begründet werden. Das Auftreten des Angestellten als Kompl löst einen Erfolg aus ("Außengesellschaft"), der vom Komm nicht herbeigeführt werden kann (68). Es handelt sich damit nicht um ein Geschäft des Komm - ungeachtet dessen, ob das Auftreten seine Interessen an der Erreichung einer Haftungsbeschränkung fördert - , da er insoweit nicht Geschäftsherr sein kann.

Damit kommen als Anspruchsgrundlage nur noch die §§ 812 ff. BGB in Betracht.

Das Auftreten des Angestellten als Kompl erfolgt ohne Rechtsgrund. Somit steht ihm gegen den Komm ein Bereicherungsanspruch zu, soweit dieser dadurch auf seine Kosten etwas erlangte. Erlangt ist hier die Ersparnis von Aufwendungen. Wäre der "Kompl" nicht als solcher aufgetreten sondern als Vertreter des "Komm", wie es seiner Stellung entspricht, so wäre für diesen eine Schuld begründet worden. Gleichzeitig geht diese Bereicherung "auf Kosten" des Kompls. Seine Verpflichtung folgt aus dem Vorteil des Komm. Die §§ 814 und 817 BGB, welche einen Bereicherungsanspruch möglicherweise ausschließen könnten, greifen nicht ein. Ursache der Vermögensverschiebung ist das Auf-

der unklar; er spricht nicht präzise aus, unter welchen Voraussetzungen er § 670 BGB für anwendbar hält.

(68) Vgl. oben S. 79 und 82: keine wirksame Verpflichtung zum Auftreten als Kompl.

treten des Kompls. Sie erfolgte damit "in sonstiger Weise" und nicht durch eine "Leistung" des Kompls, wie die §§ 814 und 817 BGB voraussetzen. Der Komm ist nach § 812 I 1 BGB zur Herausgabe des "Erlangten" verpflichtet. Er hat damit den als Kompl Aufgetretenen von den dadurch eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien (69).

V.) Damit steht als Ergebnis der Einflußnahme des Komm im Innenverhältnis fest: Die herrschende Einflußnahme des Komm führt zu einer Ausschaltung des Gesellschaftsrechts im Innenverhältnis. Sie ist trotzdem zulässig und wirksam, da es freisteht, ein Angestellten- oder Darlehensverhältnis zu begründen. Unzulässig ist es jedoch, dem Angestellten gleichzeitig das Unternehmerrisiko in Form der Pflicht zur Verlusttragung aufzubürden.

Damit hat der Komm die beherrschende Einflußnahme zwar erreicht, nicht aber die Beschränkung des Risikos, denn die Unzulässigkeit der Verlustregelung und der Haftungsfreistellungsanspruch des Kompls aus § 812 BGB bedeuten wirtschaftlich bereits eine volle Risikotragung durch den Komm. Er kann dieses Ergebnis nur dadurch verhindern, daß er sich der alleinigen Einflußnahme begibt und dem Kompl eine solche Rechtsstellung beläßt, daß beide zusammen Unternehmer sind und damit eben noch eine Gesellschaft besteht (70).

Kapitel III: Die Einflußnahme im Außenverhältnis

Die herrschende Stellung des Komm gründet im Innenverhältnis. Die Einflußnahme auf das Außenverhältnis dient lediglich zur Ergänzung (Vertretung) und Dokumentation (Firma) dieser Stellung. Sie kann daher völlig fehlen, wie es vielfach bei den typischen kapitalistischen Kommanditgesellschaften (1) der Fall

(69) Vgl. Palandt § 812 Anm. 7; zu den Befreiungsmitteln Palandt § 257 Anm. 2.

(70) So bei der "erweiterten Einflußnahme"; vgl. oben S. 60 und 69.

ist. Der herrschende Einfluß auf die Geschäftsführung wird hier in der Regel "mittelbar" oder "latent" ausgeübt, so daß eine eigene Vertretungsbefugnis der Komm als Korrelat zur Geschäftsführung entbehrlich ist(2). Anders jedoch meist bei den Zweimannkommanditgesellschaften (3). Hier wird der Komm regelmäßig unmittelbar in der Geschäftsführung tätig und verlangt entsprechend auch nach einer Befugnis, nach außen auftreten zu können.

§ 1 Die Einflußnahme auf die Vertretung der Gesellschaft

I.) Ausgangspunkt jeder Überlegung über die Vertretungsbefugnis des Komm bildet § 170 HGB. Er bestimmt, daß der Komm zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt ist. Dabei ist fraglich, was unter Vertretung zu verstehen ist.

1.) Die KG tritt nach §§ 161 II, 124 HGB im Rechtsverkehr unter ihrer Firma auf. Die Gesellschafter handeln nicht als Einzelpersonen sondern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit. Damit muß, da eine stete Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft lähmen würde, für diese eine Vertretung geschaffen werden, die allgemein als organschaftliche bezeichnet wird (1). Als Träger dieser organschaftlichen Vertretung bestimmt das Gesetz - näherliegenderweise - die Personen, aus denen sich die Gemeinschaft zusammensetzt (§ 125 I HGB), allerdings mit zwei Einschränkungen: Der Gesellschaftsvertrag kann einzelne Gesellschafter von der Vertretung ausschließen (vgl. im einzelnen § 125 I 2. Halbs. und II HGB), ferner ist der Komm nach § 170 HGB zur Vertretung nicht ermächtigt.

2.) Neben dieser organschaftlichen Vertretungsmacht besteht die rechtsgeschäftlich eingeräumte (§§ 164 ff. BGB, §§ 48 ff. und 54 ff. HGB). Sie ist Stellvertretung. Sie reicht daher zur Repräsentation der Gesellschaft nicht aus, ja ihre Einräumung setzt

(1) Boesebecks Typ a), vgl. oben S. 5 FN 8.

(2) Vgl. S. 35 oben.

(3) Boesebecks Typ b), vgl. oben S. 5 FN 8.

(1) Gegen die gegen diese Bezeichnung geäußerten Bedenken von Groschuff in JW 1939 S. 425 sowie zu dem Streit über die Rechtsnatur dieser Vertretungsmacht vgl. Hueck "OHG" S. 173 FN 2.

bereits voraus, daß die Gesellschaft nach außen durch eine organschaftliche Vertretung handlungsfähig ist. Sie ist deshalb nicht an die Gesellschafterstellung gebunden sondern kann jedem Dritten übertragen werden. Es handelt sich um eine abgeleitete Vertretungsbefugnis oder, wie Bacmeister sich ausdrückt (2), um eine "künstliche Vertretung", welche neben der "natürlichen" besteht, dieselbe aber nicht ersetzen kann.

II.) Organschaftliche Vertretung durch den Komm:

Die Frage, ob der Komm zum organschaftlichen Vertreter der Gesellschaft bestellt werden kann, mag angesichts der Formulierung des § 170 HGB überraschen. Dieser schließt den Komm eindeutig von der Vertretung aus und die Fassung läßt keinen Zweifel daran, daß hiermit die organschaftliche gemeint ist. Außerdem drängt der Wortlaut des § 163 HGB einen Umkehrschluß geradezu auf, wonach also § 170 HGB zwingend ist (3).

1.) Die Gegenmeinung kann als überwunden gelten. Sie war von Marcus (4) und Braude (5) vor rund 50 Jahren vertreten worden. Inzwischen hat sich - soweit ersichtlich - mit Ausnahme der Dissertation von Sels (6) niemand ihrer Auffassung angeschlossen. Dies gilt auch für die Rechtssprechung. Der bekannt gewordene Beschluß des OLG München vom 14. 7. 1937 (7), welcher die organschaftliche Fremdvertretung bei handelsrechtlichen Personalgesellschaften für zulässig erachtet, spricht sich über eine Bestellung des Komm zum organschaftlichen Vertreter nicht aus (8). Der maßgebliche Leitsatz der Entscheidung lau-

(2) In ZHR Bd. 55 S. 417 ff. (436).

(3) Ganz h. M.; vgl. Schlegelberger-Geßler § 170 Anm. 4, Anm. 1; Flechtheim § 170 Anm. 4; Weipert § 170 Anm. 8; Baumbach-Duden § 170 Anm. A; Wieland I S. 754 Anm. 2; Hueck "OHG" S. 174 FN 4; ROHG Bd. 15 S. 7; KG in JW 1939 S. 424.

(4) In Holdh. 1909 S. 160.

(5) Diss. S. 33 ff. (50): "Wie das präsumtive Recht (scil. die Vertretungsbefugnis) dem offenen Handelsgesellschafter entzogen werden kann so kann es dem Komm entsprechend eingeräumt werden".

(6) "Komm und Nichtgesellschafter als organschaftliche Vertreter der KG und OHG" Köln 1946. Er geht davon aus, daß der Grund für den Ausschluß des Komm von der organschaftlichen Vertretung in seiner fehlenden unbeschränkten Haftung liege. Er versucht demgemäß der Regelung des § 170 HGB dadurch

tet: "Eine OHG (KG) kann nicht in das Handelsregister eingetragen werden, wenn durch Gesellschaftsvertrag allen (persönlich haftenden) Gesellschaftern die Vertretung entzogen und nur diese, also nicht die Bestellung eines Dritten - daß dieser auch ein Komm sein kann, wird nicht gesagt - als Inhaber der gesellschaftlichen Vertretungsrechte zur Eintragung angemeldet ist" (9).

Das Problem der organschaftlichen Vertretung der Gesellschaft durch den Komm wird meist mit der Frage vermengt, ob alle Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen und/oder die vertretungsmacht einem Nichtgesellschafter übertragen werden kann. Die Fragestellungen gleichen sich jedoch nur insoweit, als der Ausschluß der von Gesetzes wegen vertretungsberechtigten Gesellschafter in Frage steht. Allerdings ist es denkbar, die Überlegungen zur organschaftlichen Vertretung durch Nichtgesellschafter auch für die Stellung des Komm fruchtbar zu machen mit dem Argument, daß das, was für einen Dritten gilt - erst recht - auch für den Komm gelten müsse (10).

2.) Die Auffassung des OLG München über die Zulässigkeit der organschaftlichen Fremdvertretung steht vereinzelt. Die Ausführungen des Beschlusses, daß auch das Reichsgericht die Zulässigkeit in AGZ Bd. 74 S. 299 und Bd. 82 S. 362 grundsätzlich bejahe, treffen nur bedingt zu (11). Die angeführten Entscheidungen beziehen sich beide auf eine Kommanditgesellschaft auf Aktien. Sie befassen sich mit der Stellung eines Ersatzmannes als Vertreter der Gesellschaft gemäß § 29 BGB, haben also über

einen dispositiven Charakter zu geben, daß er über eine - nicht überzeugende - analoge Anwendung des § 54 S. 2 BGB auf den vertretungsberechtigten Komm zu dessen Haftung kommt.

- (7) In ZAKfDR 1937 S. 761 = JfG Bd. 16 Nr. 16 S. 65 f.
- (8) So fälschlich Ammerbacher Diss. S. 81. Gemäß den mehrfachen Hinweisen der Entscheidung auf die durch § 170 HGB für den Komm geschaffene Sonderstellung (vgl. die Formulierungen "vorbehaltlich § 170 HGB" und "mit Ausnahme des Komm: § 170 HGB") scheint das OLG jedoch davon auszugehen, daß jedenfalls der Ausschluß des Komm durch § 170 HGB zwingend sei.
- (9) JfG Bd. 16 Nr. 16 S. 65.
- (10) So Ammerbacher Diss. S. 84; vgl. auch KG v. 8. 12. 1938 in JW 1939 S. 424 f. (425).
- (11) So schon Koenige in JW 1923 S. 214; ebenso Bergmann in

die Zulässigkeit der organschaftlichen Fremdvertretung bei der OHG nicht zu entscheiden. Den zusätzlichen Erwägungen, daß diese grundsätzlich statthaft sein müsse, kann, da sie die Entscheidung nicht tragen, kein besonderes Gewicht beigemessen werden. Lediglich das Kammergericht hat in einem Beschluß vom 16. 6. 1922 (12) bereits vor dem OLG München eine organschaftliche Fremdvertretung zugelassen mit dem Hinweis, daß § 125 HGB den Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung gestatte.

Die eigene umfangreiche Begründung des OLG beruht im wesentlichen auf der Überlegung, daß, da das Gesetz eine organschaftliche Fremdvertretung nicht ausdrücklich verbiete, diese zulässig sein müsse, nachdem mit dem Wesen der OHG als einer handelsrechtlichen, den Gläubigern unmittelbar und unbeschränkt haftenden Gesamthandsgemeinschaft sowohl das System der Beschränkung der Organstellung auf die Gesellschafter als auch das der organschaftlichen Fremdvertretung gleichermaßen vereinbar sei.

Diese Begründung überzeugt jedoch nicht. Zunächst spricht gegen sie, daß die Regelung der Vertretungsmacht das Außenverhältnis der Gesellschaft betrifft, das nur in dem vom Gesetzgeber vorgegebenen Rahmen variierbar, im übrigen starr ist. Wenn der Gesetzgeber damit in § 125 HGB lediglich Gesellschafter zur Vertretung zuläßt - § 126 HGB verdeutlicht dies, indem er ausdrücklich von der "Vertretungsmacht der Gesellschafter" spricht - so bedeutet dies, daß aus dem Schweigen des Gesetzes über eine organschaftliche Fremdvertretung nicht auf deren Zulässigkeit geschlossen werden kann. Vielmehr müßte, wenn ein gesellschaftsfremder Dritter zum Vertretungsorgan der Gesellschaft bestellt werden könnte, dies ebenso wie bei der Bestellung zum Liquidator (§ 146 HGB) wegen des Ausnahmecharakters der Regelung zum Ausdruck gebracht sein (13). Im übrigen aber folgt gerade aus dem Wesen der organschaftlichen Vertretung als Mittel zur Wahrnehmung der eigenen Interessen der gesamthänderisch gebundenen Gesellschafter, daß diese Befugnis nicht auf

ZAKfDR 1937 S. 763.

(12) In OLGE Bd. 42 S. 214 f.

(13) KG in JW 1939 S. 424, 425 mit noch weiteren Gründen.

einen außenstehenden Dritten übertragbar ist. Der Grundsatz der Selbstorganschaft ist für Personengesellschaften wesentlich (14).

Demgemäß wird auch von der h. L. die Möglichkeit einer organschaftlichen Fremvertretung der Gesellschaft verneint (15), wobei zur Begründung teilweise auf die durch deren Zulassung verursachte Verwirrung (16), teilweise auf die Verantwortlichkeit der Gesellschaft für ihr Verhalten gegenüber der Allgemeinheit hingewiesen wird, die es erforderlich mache, daß wenigstens ein eigenverantwortlicher Gesellschafter vorhanden sei, der die Gesellschaft Dritten gegenüber vertritt und die Verantwortung für das Verhalten der Gesellschaft in zivilrechtlicher und öffentlichrechtlicher, auch strafrechtlicher Beziehung übernimmt (17).

Mit der Unzulässigkeit der organschaftlichen Vertretung durch einen Nichtgesellschafter entfällt auch ein argumentum a fortiori zu Gunsten einer organschaftlichen Vertretungsbefugnis des Komm (18).

3.) Aus dem Privileg der alleinigen organschaftlichen Vertretung durch einen persönlich haftenden Gesellschafter folgt weiter, daß es auch unzulässig ist, den einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafter durch die Notwendigkeit der Mitwirkung eines Prokuristen oder Komm zu beschränken (19). Die unechte Gesamtvertretung nach § 125 III HGB darf nicht dazu führen, daß der Gesellschaft ihre Handlungsfähigkeit genommen wird. Dies wäre jedoch bei der zwingenden Mitwirkung eines nur rechtsgeschäftlichen Vertreters der Fall.

4.) Wird ein Komm als organschaftlicher Vertreter zur Eintragung

(14) Hueck "OHG" S. 174; Wieland I S. 474; Boesebeck "Kapitalistische AG" S. 14, der seine gesamte Untersuchung auf den darin liegenden Unterschied zwischen Personal- und Kapitalgesellschaften aufbaut.

(15) Hueck "OHG" S. 176 Anm. 11 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; Zweifel neuerdings bei Müller in NJW 1955 S. 1909, dagegen Buchwald in DB 1957 S. 109 (110).

(16) Hueck "OHG" S. 174: Der Verkehr würde annehmen, daß er auch unbeschränkt hafte; im Innenverhältnis würde die unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsmacht für die Mitgesellschafter unerträglich sein.

(17) Weipert § 125 Anm. 4; ähnlich Ausschlußbericht S. 48.

ins Handelsregister angemeldet, so hat das Registergericht, da dies mit der Kommstellung unvereinbar ist, zu prüfen, was gewollt ist. Entweder soll der Komm Kompl werden, dann wird er als solcher ins Handelsregister eingetragen, oder es soll ihm eine rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnis "im Rahmen der organschaftlichen Vertretung" (20) übertragen werden (21), dann unterbleibt ein Registereintrag.

5.) Eine sich mit der Zulässigkeit der Fremdorganschaft berührende Frage ist ferner, ob dem einzigen Kommpl die Vertretungsbefugnis gemäß § 127 HGB entzogen werden kann. Die Problematik besteht darin, daß die Gesellschaft nicht ohne organschaftliche Vertretung sein kann. Dabei entfällt hier die beim Entzug der Geschäftsführungsbefugnis des Kompls gegebene Lösung (22), die Befugnis auf den Komm zu übertragen, da dieser zwingend von der organschaftlichen Vertretung ausgeschlossen und diese durch eine rechtsgeschäftliche Vertretung nicht ersetzbar ist.

Der Entzug der Vertretungsmacht des letzten vertretungsbefugten Gesellschafters wird daher teilweise nur dann für zulässig gehalten, wenn gleichzeitig von den Gesellschaftern eine andere mögliche Vertretungsregelung - hier also die Aufnahme eines neuen Kompls - getroffen wird (23). Diese Auffassung verquickt jedoch ohne Notwendigkeit die Zulässigkeit einer Maßnahme mit ihrer Wirkung. Es trifft zwar zu, daß die Gesellschaft, wenn sie ihren letzten vertretungsberechtigten Gesellschafter verliert, aufgelöst werden muß - während der Liquidation sind gemäß §§ 146, 149 HGB alle Gesellschafter vertretungsberechtigt (24), so daß die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft wieder

(18) KG in JW 1939 S. 424; ebenso Würdinger in Soz. Praxis 1938 Sp. 194 ff.

(19) KG aaO Leitsatz 1; ebenso KGJ Bd. 44 S. 126; Hueck "OHG" S. 180.

(20) So der Fall in RGZ Bd. 110 S. 418 ff. (420).

(21) Über die Auswirkungen einer versehentlichen Eintragung des Komm als organschaftlicher Vertreter auf seine Haftung vgl. unten S. 116.

(22) Oben S. 53.

(23) Schlegelberger-Geßler § 127 Anm. 9; Flechtheim § 127 Anm. 9; es verbleibt nur die Auflösung, die in einem solchen Falle von vorneherein geltend gemacht werden muß.

(24) Vgl. oben S. 58 FN 33.

besteht - ; aber dies ist kein ausreichender Grund, anstelle des Ausschlusses des einzigen Kompls von der Vertretung nach § 127 HGB nur die Auflösung der Gesellschaft zuzulassen. Auch bei Kündigung des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters, bei seinem Tod oder bei Verfall in Geschäftsunfähigkeit wird die Gesellschaft handlungsunfähig. Man kann aber nicht auch die Kündigung, den Tod oder die Geisteskrankheit des einzigen vertretungsbefugten Gesellschafters für unzulässig erklären. Erforderlich aber auch ausreichend für den Entzug der Vertretungsbefugnis ist, daß die im Gesetz bzw. Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Voraussetzungen gegeben sind. Wird die Gesellschaft dadurch vertretungslos, so muß sie allerdings - falls nicht eine zulässige andere Vertretungsmöglichkeit gefunden wird - aufgelöst werden (25).

III.) Rechtsgeschäftliche Vertretung durch den Komm:

1.) Ebenso einhellig, wie die organschaftliche Vertretung der KG durch den Komm abgelehnt wird, hält man es für zulässig, ihn zum rechtsgeschäftlichen Vertreter der Gesellschaft zu bestellen. Bereits die Entscheidung des Reichsgerichts vom 15. 3. 1893 (26) enthält einen entsprechenden Hinweis. Ferner steht die Literatur - soweit ersichtlich nur mit einer Ausnahme - auf diesem Standpunkt (27). Dies mag zumindest bei den Autoren, welche nachdrücklich auf die in der gesetzlichen Regelung zum Ausdruck gekommene Machtverteilung hinweisen (28), zunächst überraschen. Wird dem Komm im Gesellschaftsvertrag etwa "Handlungsvollmacht im Rahmen der Vertretungsbefugnis des persönlich haftenden Gesellschafters" (29) eingeräumt, so gleicht die dadurch erlangte Machtstel-

(25) Ebenso Weipert § 127 Anm. 8; Hueck "OHG" S. 189 mit weiteren Nachweisen (FN 66).

(26) In RGZ Bd. 31 S. 33 ff. (39); die Entscheidung befaßt sich mit der stillen Gesellschaft; der Hinweis auf die KG erfolgte nur vergleichsweise. Vgl. ferner RGZ Bd. 110 S. 418; RG in Seuff. Arch. Bd. 94 Nr. 8; OLG Bamberg in OLGE Bd. 3 S. 277; BayObLG in JFG Bd. 2 S. 193; BGHZ Bd. 17 S. 393 ff.

(27) Allg. Meinung; vgl. u. a. Schlegelberger-Gesler § 170 Anm. 4; Weipert § 170 Anm. 8; Flechtheim § 170 Anm. 4; Baumbach-Duden § 170 Anm. B; Hueck "GesR" S. 93; Lehmann "GesR" S. 157; J. v. Gierke § 37 VII 1; a. A. Hildebrandt

lung wirtschaftlich doch sehr der eines Kompls. Man will daher teilweise (30) aus der durch die Vollmacht erworbenen Nachfülle des Komm seine unbeschränkte Haftung ableiten, unterläßt es jedoch, bereits diese Gestaltung (= Schaffung der Nachfülle) zu verbieten und dadurch das "Bedürfnis" nach einer von der gesetzlichen Regelung abweichenden Haftungsfolge auszuschließen (31).

2.) Für die Übertragung auf den Komm kommt jede Art von "Vollmacht" in Betracht. Ihr Umfang ist unterschiedlich. Die verfügbare Spannweite reicht von der Generalvollmacht, die zur Vertretung in allen Geschäften ermächtigt, über die Gattungsvollmacht (Ermächtigung zu Geschäften eines bestimmten Geschäftskreises) bis zur auf ein oder einige Geschäfte beschränkten Einzelvollmacht. Dabei kommt letzterer im Zusammenhang mit der Einflußnahme des Komm keine erhebliche Bedeutung zu. Der Komm ist interessiert a) an einer möglichst weitreichenden Vollmacht, damit sein Handeln für die Gesellschaft nicht beschränkt ist, b) an einer Dauervollmacht, die für die Zeit seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft besteht. In Frage kommen damit General- und Gattungsvollmacht, erteilt, nachdem es sich um den Betrieb eines Handelsgewerbes handelt, in Form der Prokura (§§ 48 ff. HGB) bzw. Handlungsvollmacht (§ 54 HGB).

a) Der Umfang der Vollmacht richtet sich grundsätzlich nach dem Inhalt der Vollmachtserteilung. Dies gilt ohne Einschränkung für die Handlungsvollmacht. Sie kann sich als Generalhandlungsvollmacht auf den gesamten Betrieb des Handelsgewerbes bezie-

in Schlegelberger § 48 Anm. 4 mit der Begründung, daß Geschäftsinhaber und Prokurist verschiedene Personen sein müßten. Dabei übersieht er, daß dies auch bei der Bestellung eines Komm zum Prokuristen der Fall ist. Geschäftsinhaber ist nicht der Komm sondern die Gesamtheit der Gesellschafter.

(28) So besonders Lehmann "GesR" S. 53/54 und 333 ff.; ferner J. v. Gierke § 37 VI 1 b; Haupt-Reinhardt S. 79.

(29) So der Fall RGZ Bd. 110 S. 418 ff. (420).

(30) So neuerdings Staab in BB 1959 S. 435.

(31) Zur Haftung unter dem Gesichtspunkt der Macht und des Einflusses vgl. unten S. 123 ff.

hen oder als Spezialhandlungsvollmacht auf einzelne oder bestimmte Arten von Geschäften. § 54 HGB gibt lediglich eine Auslegungsregel. Ohne besondere Ermächtigung ist der Handlungsbevollmächtigte nur zu solchen Maßnahmen berechtigt, die in einem derartigen Handelsgewerbe der ihm zugewiesene Geschäftsbereich gewöhnlich mit sich bringt (§ 54 I, II HGB). Der Umfang der Handlungsvollmacht kann jedoch beliebig bestimmt werden. Der ihr vom Gesetz beigemessene typische Umfang (§ 54 I, II HGB) hat lediglich zur Folge, daß die Vertragspartner bei einem davon abweichenden Umfange zur Wahrung ihrer Interessen (32) auf diesen hinzuweisen bzw. ihn nachzuprüfen haben.

Demgegenüber ist der Umfang der Prokura starr. Sie ermächtigt zu allen Rechtshandlungen, die Betrieb irgendeines Handelsgewerbes mit sich bringt (§ 49 HGB), wobei jede Einschränkung Dritten gegenüber unwirksam ist (§ 50 I HGB). Ausgeschlossen sind lediglich Handlungen, die außerhalb eines Geschäftsbetriebes liegen wie etwa die Geschäftsaufgabe oder alle Handlungen des Familien- und Erbrechts, und Handlungen, die der Geschäftsinhaber persönlich vorzunehmen hat wie die Unterzeichnung der Bilanz, die Eidesleistung, die Prokuraerteilung. Außerdem schließt § 49 II HGB den Prokuristen auch von der Veräußerung und Belastung von Grundstücken aus, läßt aber gleichzeitig zu, ihm diese Befugnis besonders zu übertragen. Für den zu bevollmächtigenden Komm ist es für den Umfang seiner Vertretungsmacht gleichgültig, ob ihm Handlungsvollmacht oder Prokura eingeräumt wird. Beide Formen können zu einer den gesamten Betrieb des Handelsgewerbes umfassenden Vertretungsmacht ausgebaut werden. Der Unterschied besteht - vom Berechtigten aus gesehen - nicht in der Weite der Vollmacht sondern in der Beschränkungsmöglichkeit (§ 50 HGB gegenüber § 54 III HGB).

b) Was den Bestand der Vollmacht anlangt, so will der Komm für die Dauer seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft berech-

(32) Der Vollmachtgeber bei Beschränkung der Handlungsvollmacht wegen § 54 III HGB; der Vertragspartner um sicherzugehen, daß der Auftretende wirklich für den Geschäftsherrn handeln kann.

tigt sein. Die Übertragung der Vollmacht steht in engem Zusammenhang mit der Zubilligung des Geschäftsführungsrechts. Wie ihm dieses im Gesellschaftsvertrag gewährt ist, so enthält dieser auch regelmäßig eine Bestimmung, wonach der Komm verpflichtet ist, ihm Handlungsvollmacht oder Prokura einzuräumen. Der Komm hat ein eigenes Interesse daran, daß ihm die Vollmacht übertragen wird und bleibt.

Wie weit der Komm gegen einen Vollmachtsentzug gesichert werden kann ist zweifelhaft. Für die Prokura bestimmt § 52 I HGB, daß sie ohne Rücksicht auf das ihrer Erteilung zugrunde liegende Rechtsverhältnis jederzeit widerruflich ist. Dieser Bestimmung wurde bisher zwingender Charakter beigemessen. § 52 HGB gehe davon aus, daß es bei dem weitreichenden und gesetzlich zwingenden Umfang der Prokura stets eine Frage des gegenwärtigen Vertrauens sei, ob eine erteilte Prokura weiter bestehen bleiben solle (33). Diese Interessenlage ist jedoch dann, wenn einem Komm im Hinblick auf seine Stellung innerhalb der Gesellschaft Prokura eingeräumt wird, nicht gegeben. Die Übertragung der Vertretungsbefugnis ist hier "gewissermaßen nur die andere Seite des dem Komm vertraglich eingeräumten Mitwirkungsrechts bei der gemeinsamen geschäftlichen Betätigung im und für das Gesellschaftsunternehmen" (34). Daraus folgt, daß in Abweichung von § 52 HGB die einem Komm vertraglich eingeräumte Prokura nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes widerrufen werden kann (35). Gleiches muß für die Handlungsvollmacht gelten. Ihr Widerruf bestimmt sich nach § 168 BGB. Danach ist sie grundsätzlich frei widerruflich (36), wobei sich jedoch aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis Abweichendes ergeben kann. Dies ist stets der Fall, wenn die Vollmacht nach dem Kausalverhältnis im Interesse des Bevollmächtigten erteilt worden ist (37).

(33) Schlegelberger-Hildebrandt § 52 Anm. 1.

(34) So BGHZ Bd. 17 S. 393 ff. (395).

(35) BGHZ aaO; zustimmend Müller-Erzbach in JZ 1956 S. 709; Staab in BB 1959 S. 436; Baumbach-Duden § 170 Anm. B.

(36) Coing in Staudinger Anm. 12 zu § 168 BGB.

(37) Coing in Staudinger Anm. 12 a (IV 2 a) zu § 168 BGB.

Sehr zweifelhaft ist, ob die Stellung des bevollmächtigten Komm dadurch noch weiter verstärkt werden kann, daß ein Widerruf für die Dauer seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft ganz ausgeschlossen wird. Die Unwiderruflichkeit einer Vollmacht wird allgemein im Grundsatz für möglich gehalten (38), praktisch jedoch verneint. Man führt aus, auch bei vertraglichem Ausschluss des Widerrufsrechts müsse ein Widerruf aus wichtigem Grunde möglich bleiben, sofern andernfalls eine unzulässige übermäßige Bindung eintreten würde (39). Daran ist richtig, daß stets eine Möglichkeit bestehen muß, untragbar gewordene rechtliche Fesseln abzulegen. Ist die Fortsetzung eines bestehenden Zustandes nach Treu und Glauben unzumutbar, so liegt ein wichtiger Grund für die Lösung dieser Rechtsbindung vor (40). Offen bleibt nur, ob diese Lösungsmöglichkeit hier in der Unwiderruflichkeit der Vollmacht bzw. Prokura aus wichtigem Grunde liegen muß. Die Bevollmächtigung beruht auf der Stellung des Komm als Gesellschafter. Sie kann daher, selbst wenn sie als unwiderrufliche gewährt wird, stets dadurch beseitigt werden, daß der Komm aus der Gesellschaft ausscheidet bzw. die Gesellschaft aufgelöst wird. Es besteht keine Notwendigkeit Handlungsvollmacht und Prokura für die Dauer der Zugehörigkeit zur Gesellschaft nicht als unwiderrufliche zuzulassen (41).

Durch den Verzicht auf den Widerruf bzw. die Einschränkung des Widerrufsrechts auf wichtige Fälle wird das Gestaltungsrecht des vollmachtgebers, durch Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten die Vollmacht zu entziehen, ausgeschlossen bzw. beschränkt. Ein trotzdem erklärter Widerruf ist wegen fehlender Widerrufsbefugnis unwirksam (42). Die entgegengesetzte

(38) Coing in Staudinger Anm. 12 a (IV 2 b) zu § 168 BGB. Abweichendes gilt nach h. M. nur für die isolierte Generalvollmacht; hier soll die Unwiderruflichkeitsklausel nach § 138 BGB nichtig sein und gemäß § 139 BGB als nicht geschrieben behandelt werden, so daß die Vollmacht regelmäßig als widerrufliche bestehen bleibt.

(39) Coing in Staudinger aaO; Enneccerus-Nipperdey § 186 IV.

(40) Vgl. Scholz "Der wichtige Grund" in JZ 1949 Sp. 1 ff. (4).

(41) Die Interessenlage entspricht der beim Verzicht auf die Entziehungsbefugnis des § 127 HGB; vgl. hierzu Weipert § 127 Anm. 15 (S. 245 unten), der diesen Verzicht im Hin-

Auffassung des Bundesgerichtshofs (43), wonach der Widerruf der Prokura stets auch zu ihrem Erlöschen führen müsse, kann nicht geteilt werden. Es solle dies sich daraus ergeben, daß der Widerruf einer Prokura in den Rahmen der gesetzlichen Vertretungsbefugnis eines persönlich haftenden Gesellschafters falle, wobei diese Vertretungsbefugnis einer vertraglichen Einschränkung seitens der Gesellschaft nicht unterliege. Im übrigen solle eine andere Beurteilung für außenstehende Dritte zu einer bedenklichen Rechtsunsicherheit führen, da diese die internen Zusammenhänge bei der Erteilung und beim Widerruf einer Prokura an einen Komm nicht übersenen könnten. Dem Bundesgerichtshof unterläuft der grundlegende Fehler, daß er aus dem zwingenden Umfang der Vertretungsmacht der Kompl (§ 126 HGB) auf deren Befugnis zum Widerruf schließt. Der Umfang einer Vertretungsmacht hat aber mit der Verfügungsbefugnis, noch allgemeiner der Rechtsinhaberschaft, nichts zu tun. Die Frage, ob die Prokura dem Komm entzogen werden kann, hängt allein davon ab, ob dieses Widerrufsrecht dem Kompl zusteht. Der Bundesgerichtshof mag zu seiner Annahme durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts, wonach der Widerruf der Prokura durch einen vertretungsberechtigten Gesellschafter entgegen dem Gesellschaftsvertrag wirksam sei (44), verleitet worden sein. Das Reichsgericht war jedoch stets davon ausgegangen, daß die Prokura im Verhältnis zum Prokuristen (!) frei widerruflich sei (§ 52 HGB), so daß sie notwendig durch die Widerrufserklärung eines vertretungsberechtigten Gesellschafters erlöschen mußte. Eine etwaige Erschwerung der Widerrufsmöglichkeit dadurch, daß alle Gesellschafter zustimmen hatten, betraf nur die Willensbildung der Gesellschaft, nicht das Verhältnis der Gesellschaft zum Prokuristen. Hier steht jedoch nicht die Frage, ob widerrufen werden soll sondern die, ob, auch wenn die

blick auf die stete Möglichkeit der Gesellschaftsauflösung für zulässig hält.

- (42) Vgl. Müller-Freienfels S. 109 mit weiteren Nachweisen (FN 20): "Die Unwiderruflichkeit der Vollmacht wirkt nicht nur 'obligatorisch' sondern 'dinglich'; ein dennoch gegebener Widerruf verpflichtet den Vollmachtgeber nicht zum Schadensersatz sondern bleibt absolut wirkungslos".
- (43) EGHZ Ed. 17 S. 393 ff. (396).

geschäftsführenden oder mitwirkungsberechtigten Gesellschafter sich einig sind, widerrufen werden kann, zur Beantwortung. Gerade dies aber ist nicht mehr der Fall, wenn gegenüber dem Komm auf ein Widerrufsrecht verzichtet wurde (45). Im übrigen gehen auch die praktischen Erwägungen des Bundesgerichtshofs fehl. Das Gesetz berücksichtigt die Gefahr einer Rechtsunsicherheit lediglich im Zusammenhang mit dem zwingenden Umfang der Vertretungsmacht (der Gesellschafter, des Prokuristen), der durch vertragliche Abreden mit Wirkung gegenüber Dritten nicht eingeschränkt werden kann. Der Bestand der in ihrem Umfang starren Vertretungsmacht unterliegt dagegen der Disposition der Gesellschafter. Sie können einzelne Gesellschafter durch Gesellschaftsvertrag oder nachträglich durch Entziehung der Vertretungsbefugnis von der Vertretung ausschließen. Der Dritte hat sich, wenn er wissen will, wer vertretungsbefugt ist, an die Bekanntmachungen der Gesellschaft bzw. an das Handelsregister zu halten. Er wird durch dieses ausreichend geschützt (§ 15 HGB). Eine Notwendigkeit, die internen Zusammenhänge zu kennen, besteht nicht. Es ist Sache der Gesellschafter, im eigenen Interesse die Vertretungsverhältnisse raschest bekannt zu machen. Infolge der Unwirksamkeit eines abredewidrigen Widerrufs kommt eine Klage des Komm auf Wiederherstellung der Prokura bzw. Handlungsvollmacht nicht in Betracht.

3.) Untersucht man, wodurch die Stellung des Komm von der des Kompls abweicht, so ist das nicht die wirtschaftliche Macht. Der Komm kann seine Vollmacht als unwiderrufliche eingeräumt erhalten. Eine etwaige Widerrufserklärung beseitigt sie dann nicht. Ihr Bestand ist ebenso fest wie der einer organschaftlichen Vertretungsbefugnis eines Kompls. Das erste Argument für eine Zulässigkeit der rechtsgeschäftlichen Vertretung durch den Komm, die Unsicherheit seiner Stellung (46), geht fehl.

(44) Vgl. RGZ Bd. 163 S. 35 ff. (38/39) mit weiteren Nachweisen.

(45) Vgl. oben S. 95 und S. 96 FN 42.

(46) Vgl. Ammerbacher Diss. S. 96 ff., der von der - oben S. 94 ff. abgelehnten - freien Widerruflichkeit der dem Komm erteilten Prokura ausgeht (S. 91) und darauf ihre Zulässigkeit stützt. Ebenso Klotz Diss. S. 33 ff. (§ 4 2.) Die möglichen Machterweiterungen auf dem Gebiet der Vertretung).

Bleibt noch als zweiter Grund der abweichende Umfang seiner Vertretungsbefugnis. Wie ausgeführt, kann die Vertretungsbefugnis des Komm auf den gesamten Bereich des Handelsgewerbes ausgedehnt und damit der des Kompls völlig angeglichen werden mit Ausnahme der vertretungsfeindlichen, vom jeweiligen Berechtigten oder Verpflichteten höchstpersönlich vorzunehmenden Geschäfte. Aber dieser geringfügige Unterschied im rechtlichen Können - von Interesse ist hier lediglich die Befugnis zu Erteilung und Widerruf einer Prokura - mindert die durch die Vollmacht erlangte wirtschaftliche Macht des Komm nicht. Zudem sind Macht und Einfluß nicht abhängig vom rechtlichen Können sondern vom rechtlichen Dürfen. Der Komm kann seine Macht - trotz Fehlens der eigenen Vertretungsbefugnis auf diesen "höchstpersönlichen" Bereichen - dadurch ausüben, daß der Kompl nur nach seinen Anweisungen handeln darf. Gerade dieser letzte Hinweis zeigt aber, daß § 170 HGB nicht geeignet ist, die Übertragung einer Machtfülle auf den Komm zu unterbinden (47). Wirtschaftliche Macht ist allein eine Frage der Geschäftsführung, noch allgemeiner des Innenverhältnisses (48). Das Vertretendürfen und nicht das Vertretenkönnen und damit die Vertretungsbefugnis als solche bestimmt den Einfluß des Komm im Außenverhältnis.

Es kommt somit allein darauf an, ob der Unterschied in der Rechtsmacht die Übertragung der rechtsgeschäftlichen Vertretungsbefugnis auf den Komm rechtfertigt. Der entscheidende Unterschied zwischen organschaftlicher und rechtsgeschäftlicher Vertretungsbefugnis ist, daß letztere ein abgeleitetes Recht darstellt. Der abweichende Umfang beider ist nur eine Folge davon und von sekundärer Bedeutung. Nicht dadurch ist die Stellung des bevollmächtigten Komm gegenüber der des Kompls

-
- (47) Unrichtig insoweit KG in JW 1939 S. 424, wonach die zwingende Geltung des § 170 HGB verhindern soll, daß der Inhaber eines Handelsgewerbes die KG dazu verwendet, um sich für sein Unternehmen die Beschränkung der Schuldenhaftung zu verschaffen.
- (48) Vgl. oben S. 32, 34/35 und auch S. 41/42. Ungenau insoweit J. v. Gierke (§ 37 VI 1 b); Haupt-Reinhardt (S. 81 und 79); Boesebeck ("Kapitalistische KG" S. 48/49 und 66/67), die ohne zu unterscheiden auf die Geschäftsführung und Vertretung (die Geschäftsleitung als solche) abstellen. Zutreffend Lehmann "GesR" S. 54 und 333 ff. und Ammerbacher Diss. S. 98, die die Frage der wirtschaftlichen Macht nur aus dem Innenverhältnis (Geschäftsführung) ableiten.

von minderer Art, daß nur dieser einen Prokuristen bestellen kann (49), sondern deshalb, weil der Komm stets einen organischen Vertreter, von dem er seine Vertretungsbefugnis ableitet, neben sich stehen hat. Der Komm ist der Repräsentant der Gesellschaft, der Komm nur ein von ihm Bevollmächtigter. Das Typenbild der KG im Außenverhältnis bleibt erhalten, gleichgültig, ob der Komm nach dem Innenverhältnis seine Vertretungsbefugnis ausüben darf oder nicht.

§ 2 Die Einflußnahme auf die Firmenbezeichnung

I.) Nach § 19 II HGB hat die Firma der KG den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz zu erhalten. Die Namen anderer als der persönlich haftenden Gesellschafter dürfen in die Firma nicht aufgenommen werden. Das Gesetz will im Interesse der Firmenwahrheit erreichen, daß nur vollverantwortliche Firmeninhaber aus der Firmenbezeichnung ersichtlich sind. Der Komm ist damit von der Aufnahme seines Namens in die Firma zwingend ausgeschlossen (1). Es würde andernfalls der Eindruck entstehen, er sei persönlich haftender Gesellschafter.

II.) Im übrigen kann jedoch auch der Name eines Komm in der Firmenbezeichnung enthalten sein, wenn es sich um eine abgeleitete Firma (vgl. §§ 22, 24 HGB) handelt. Der Grundsatz der Firmenwahrheit bezieht sich nur auf ursprüngliche Firmen (2). So kann der Name eines Komm in der Firma erscheinen, wenn er ursprünglich persönlich haftender Gesellschafter war und später Komm wurde. Die Firma kann hier nach § 24 HGB fortgeführt werden (3). Gleiches gilt nach § 22 HGB, wenn ein Einzelkauf-

(49) So die Argumentation Ammerbachers Diss. S. 97.

(1) Vgl. BayObLG in OLGE Bd. 43 S. 280: "Nach § 19 HGB darf in die Firma der KG 'S. u. Co.' der Name des (in der betreffenden Gegend wohl-bekannten) Komm Graf Prasch auch nicht in der Form 'Prasch Bank S. u. Co.' aufgenommen werden".

(2) H. M. vgl. J. v. Gierke § 17 III 1 b; Schlegelberger-Gebler § 161 Anm. 6; Weipert § 161 Anm. 9.

mann einen persönlich haftenden Gesellschafter in sein Handelsgeschäft aufnimmt und selbst Komm wird. Erforderlich ist nur die Beifügung eines Zusatzes, der auf das Bestehen einer Gesellschaft hinweist (4). Der Name des Firmeninhabers braucht dagegen nicht ausgetauscht zu werden. Art. 168 ADHGB, der die Aufnahme des Namens eines Komm in die Firma verbot und bei Verletzung die unbeschränkte Haftung des Komm anordnete, ist im Interesse einer Fortführung und Beibehaltung der bisherigen Firma bei Übergang des Unternehmens nicht in das HGB übernommen worden (5). Das Gesetz relativiert den Grundsatz der Firmenwahrheit im Interesse der Erhaltung des in der Firmenbezeichnung verkörperten Geschäftswertes.

§ 3 Das Ergebnis der Einflußnahme im Außenverhältnis

Die Einflußnahme im Außenverhältnis ist an die Schranken des Typs gebunden. Der Schein der KG muß gewahrt bleiben. Das hat zur Folge, daß nur der Kompl organschaftlicher Vertreter sein kann, daß grundsätzlich nur sein Name in der Firmenbezeichnung erscheint. Allerdings kann der Komm auch bei Beachtung dieser rechtlichen Zuständigkeitsverteilung wirtschaftlich die Stellung des Kompls erreichen, indem er zum rechtsgeschäftlichen Vertreter bestellt wird, indem er eine abgeleitete Firma bildet, was gerade bei der Zweimann-KG vielfach der Fall sein wird.

Aus der rechtlichen Gestaltung des Außenverhältnisses ist jedoch nicht ersichtlich, ob der Komm eine "herrschende Stellung" einnimmt. Die Einräumung einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsbefugnis und die Bildung einer abgeleiteten Firma kommen auch bei einer "erweiterten Einflußnahme" vor, während umgekehrt eine "herrschende Stellung" bestehen kann, ohne daß dies nach außen erkennbar wird.

-
- (3) Schlegelberger-Hildebrandt § 24 Anm. 9 und die dort zitierte Rechtsprechung; es schadet nichts, wenn die Firma auf Personen hinweist, die in Wahrheit nicht mehr Inhaber sind.
 - (4) Schlegelberger-Hildebrandt § 22 Anm. 20 und -Geßler § 161 Anm. 6.
 - (5) Weipert § 161 Anm. 9 mit Hinweis auf die Denkschrift zum Entwurf eines HGB (Berlin 1897) II S. 126.

Abschnitt III Die Auswirkungen der Einflußnahme des Komm
auf seine Haftung.

Kapitel I: Der Zusammenhang zwischen Einfluß und Haftung

- allgemein -

§ 1 Die Grundlagen der beschränkten Haftung des Komm; Ansatz-
punkte für eine unbeschränkte Haftung

Der Frage nach den Auswirkungen der Einflußnahme des Komm auf seine Haftung hat die nach den Grundlagen der beschränkten Haftung des Komm voranzugehen. Stehen diese fest, so sind damit auch die Ansatzpunkte für eine unbeschränkte Haftung aufgezeigt: Es kommt darauf an, ob die Einflußnahme auf diese Haftungsgrundlagen einwirkt, sie verändert und so eine unbeschränkte Haftung auslöst.

I.) Die beschränkte Haftung des Komm gründet 1.) in der Kommstellung als solcher (Innenverhältnis), 2.) in der Kundgabe dieser Kommstellung nach außen (Außenverhältnis).

1.) Die beschränkte Haftung folgt primär aus der Kommstellung als solcher. Sie ist mit ihr von Gesetzes wegen verbunden. Dies wird häufig übersehen. So wird vielfach die Haftungsbeschränkung allein aus der Erklärung abgeleitet, nur beschränkt haften zu wollen (1). Wenn ein Gesellschafter einer Handelsgesellschaft aber erklärt, er hafte nur beschränkt, so sagt er damit, daß er Komm sei (arg. aus § 161 I HGB). Besser wäre daher die Formulierung, die Haftungsbeschränkung sei von der Kundgabe der Kommstellung abhängig (dazu unten 2.). Da nun aber die Kundgabe der Kommstellung eine persönliche unbeschränkte Haftung auslöst, die Kundgabe der Kommstellung jedoch eine beschränkte, so muß die Haftungsbeschränkung mit der Kommstellung als solcher verbunden sein.

Damit ist ein erster Ansatzpunkt für eine unbeschränkte Haftung

(1) Vgl. etwa Flechtheim § 164 Anm. 6 a. E.: "Die beschränkte Haftung beruht nicht auf seinem Ausschluß von der Geschäftsführung sondern auf der öffentlich kundgegebenen Erklärung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur beschränkt haften zu wollen".

aufgezeigt. Es geht darum, ob sich mit der Kommstellung auch dann noch die Haftungsbeschränkung verbindet, wenn der Komm erweiterten oder beherrschenden Einfluß gewonnen hat. Gleichzeitig nötigt diese Frage zur Untersuchung, weshalb überhaupt der Komm von Gesetzes wegen nur mit einer beschränkten Haftung (und Verlusttragung) belastet worden ist.

Das Gesetz sieht grundsätzlich eine Haftungsbeschränkung dort vor, wo bestimmte Gefahren, die eine Haftung auslösen, vom Träger des Gefahrenherdes nicht beherrscht werden können (2). So haftet etwa der Reeder nach § 486 HGB beschränkt, da er "wegen der eigentümlichen Gefahren der Seefahrt und der Unmöglichkeit der Selbstkontrolle entlastet werden soll" (3). Ein ähnlicher Grund ist beim Komm zu ersehen. Auch er soll mit den Risiken des Geschäftsverkehrs nur beschränkt belastet werden, weil ihm wegen seiner Ausschaltung im Rahmen des normalen Geschäftsbetriebes ein Einfluß auf die Risikogestaltung fehlt (3a).

2.) Zweitens erfordert die Haftungsbeschränkung des Komm eine Kundgabe der Kommstellung (arg. aus §§ 172-176 HGB). Dies ist eine Abweichung gegenüber den sonstigen Fällen einer beschränkten Haftung. So greift etwa § 486 HGB ein, ohne daß es einer besonderen Erklärung oder Kundgabe bedürfte. Der Grund dafür liegt darin, daß die Reederstellung für den Verkehr ohne weiteres aus der Ausübung der Berufstätigkeit als solcher ersichtlich ist und damit eine besondere Kundgabe des beschränkten Haftungstatbestandes entbehrt werden kann (4). Anders beim Komm. Der gemeinsame Betrieb eines Handelsgewerbes kann sowohl in der Stellung des Komm als auch der des Kompls vorgenommen werden, so daß aus der Tatsache der Beteiligung an der Gesellschaft die Kommstellung nicht ersichtlich wird. Vielmehr spricht zugunsten Dritter sogar eine Vermutung dafür, daß dann, wenn mehrere Personen gemeinsam ein Handelsgewerbe betreiben,

(2) So auch Lehmann "GesK" S. 54.

(3) J.v.Gierke § 81 I 3.

(3a) Gegen die Ansicht Flechtheims (S. 101 und FN 1) spricht auch, daß der Komm auch am Verlust nur begrenzt teilnimmt (§ 167 I HGB) und diese weitere Privilegierung sicher nicht mit irgend einer Erklärung sondern nur aus der untergeordneten Stellung des Komm begründet werden kann.

(4) Gleiches gilt etwa für die beschränkte Haftung nach dem Straßverkehrs-gesetz (§ 12) und dem Reichshaftpflichtgesetz (§ 7 a

dieses in der Normalform des Gemeinschaftsbetriebes, der OHG, geführt wird (5).

Die Kundgabe der Kommstellung ist Mitteilung einer rechtserheblichen Tatsache (6). Sie kann allgemein durch Eintragung ins Handelsregister oder in sonst handelsüblicher Weise erfolgen oder durch Erklärung gegenüber dem einzelnen Vertragspartner. Fehlt sie, so haftet der Komm trotz seiner Kommstellung unbeschränkt; erfolgt sie nur einzelnen gegenüber, so haftet er diesen gegenüber beschränkt, den anderen gegenüber unbeschränkt. Dabei ist unerheblich, ob die Gesellschaft schon mit Beginn der Geschäfte (§§ 161 II, 123 II HGB) oder erst mit ihrer Eintragung (§§ 161 II, 123 II 2 HGB) zur KG wird. Auch im zweiten Falle richtet sich, wenn die Gesellschaft schon vor der Eintragung als KG aufgetreten ist - und nur in diesem Falle taucht die Frage nach der Kundgabe der Kommstellung überhaupt auf -, die Haftung des "werdenden" Komm danach, ob seine "werdende" Kommeigenschaft den Dritten kundgegeben war (6a). Mit der "Kundgabe" ist ein zweiter Ansatzpunkt für eine unbeschränkte Haftung gewonnen. Die Haftungsbeschränkung des Komm ist nicht nur in Frage gestellt, wenn die Kommstellung als solche verändert wird (oben 1.), sondern auch, wenn die Kundgabe dieser Kommstellung fehlt. Der Komm tritt dann als Gesellschafter einer Personengesellschaft auf und muß, soweit der Hinweis auf den Ausnahmestatbestand der Kommstellung fehlt, wie ein Kompl behandelt werden. Er erweckt den Anschein eines persönlich haftenden Gesellschafters.

II.) Damit ist gleichzeitig eine Brücke zu der Haftung aus Rechtschein geschlagen. Die Kundgabe einer Rechtsstellung löst den Anschein einer bestimmten Rechtslage aus. Es besteht, wie allgemein anerkannt wird (7), ein Bedürfnis, das Vertrauen auf diesen Anschein = Rechtsschein zu schützen. Dabei können die im einzelnen unterschiedlichen Begründungen, weshalb die Kundgabe eines Haftungsstat-

(5) Vgl. Flechtheim § 176 Anm. 1 unter Hinweis auf ROHG Bd. 23 S. 284; ferner Wieland I S. 768: "Dritte sollen ihr Vertrauen darauf setzen dürfen, daß, wenn ein Handelsgewerbe unter gemeinsamer Firma betrieben wird, sämtliche Beteiligte im Zweifel die volle Haftung tragen".

(6) Vgl. Larenz in JW 1934 S. 225.

(6a) Vgl. Baumbach - Duden § 176 Anm. 1 C a.E.

(7) Vgl. Flechtheim § 123 Anm. 8, 9; Schlegelberger-Hildebrandt § 5 Anm. 7 ff., bes. 9 - 13; Weipert § 105 Anm. 78; Baumbach Duden § 5 Anm. 2 C, § 105 Anm. 8 A; ferner RGZ Bd. 89 S. 163 (Scheinkaufmann); RGZ Bd. 142 S. 98 ff. (104/105), Bd. 145 S. 155 ff. (158), BGHZ Bd. 17 S. 13 ff. (17) (Scheingesellschaft).

bestandes zu einer Haftung führt, dahingestellt bleiben (8). Entscheidend ist, daß nach aller Auffassung, gleichgültig, ob der Kundgabe selbst oder dem durch sie ausgelösten Rechtsschein das Hauptgewicht beigemessen wird, der tragende Grund letztlich in dem das Handels- als Verkehrsrecht beherrschenden Grundsatz der Verkehrssicherheit liegt. Der Verkehr aber kann sich nur an das halten, was nach außen kundgetan wird.

Damit ist die Bedeutung der Kundgabe verselbständigt und von der wahren Rechtsstellung gelöst. Dies bedeutet, daß auch der zweite Ansatzpunkt für eine unbeschränkte Haftung des Komm erweitert wird. Die negative Aussage, daß die Kundgabe der Kommstellung nicht fehlen dürfe, wird ergänzt durch die positive Formulierung, daß die Haftung sich grundsätzlich danach richte, wie eine Person nach außen auftritt (9).

Für diese Haftung aus dem Gesichtspunkt des Rechtsscheins werden allgemein folgende Einschränkungen erhoben:

a) Die die Haftung auslösende Kundgabe muß dem Handelnden zugerechnet werden können. Sie muß von ihm adäquat verursacht sein (10), sie muß in einem Zustand der Handlungsfähigkeit abgegeben sein. Der Schutz des Geschäftsunfähigen steht vor den Verkehrsinteressen (11).

b) Die Haftung muß durch ein Vertrauensbedürfnis des Verkehrs gefordert werden. So muß der Dritte dem Schein vertrauen und sein Verhalten durch ihn bestimmen lassen. Er hat die Ursächlichkeit der Kundgabe für sein Verhalten zu beweisen (12).

-
- (8) Die Rechtssprechung (vgl. insbesondere RGZ Bd. 142 S. 105, Bd. 145 S. 158 und BGHZ Bd. 17 S. 17) sieht den Grund für die Haftung in der in dem Auftreten als Gesellschafter liegenden Erklärung an die Öffentlichkeit; nach Larenz (in JW 1934 S. 225) und Wieland (I S. 236) soll dagegen die Rechtsscheinswirkung als solche entscheidend sein; vgl. hierzu auch die Stellungnahmen von Schlegelberger-Hildebrandt § 5 Anm. 10 und Weipert § 105 Anm. 78, ferner eingehend zu den Grundlagen der Rechtsscheinshaftung Emil Schulte "Scheinhandelsgesellschaft" Diss. 1935 S. 48 ff.
- (9) Dies gilt für das Auftreten als Kompl, das zu einer unbeschränkten Haftung führt. Bei dem Auftreten als Komm ist dagegen sehr zweifelhaft, ob dadurch eine nur beschränkte Haftung ausgelöst wird. Vgl. hierzu unten S. 138 ff.
- (10) Baumbach-Duden § 5 Anm. 2 D; Weipert § 105 Anm. 78 a. E.
- (11) Baumbach-Duden § 5 Anm. 2 E; Schlegelberger-Hildebrandt § 5 Anm. 11 a. E.; RGZ Bd. 145 S. 155 ff. (159).
- (12) Dazu, ob dies auch bei einer Kundgabe an die Öffentlichkeit - etwa Eintragung im Handelsregister - zu gelten hat vgl. Weipert § 105 Anm. 78 a. E.; Die Entscheidung BGHZ

Kennt er die wahre Rechtslage, so wird nach dieser verfahren. Desgleichen kann der als Gesellschafter, Kaufmann oder dgl. Auftretende sich nicht selbst auf den durch sein Verhalten verursachten Rechtsschein berufen (13).

Dabei ist in diesem Zusammenhang zugleich zweifelhaft, ob ein Schutzbedürfnis besteht, wenn das Handelsregister die Rechtsstellung richtig verlautbart (14).

§ 2 Einflußnahme und Haftung - allgemein -

I.) Abgrenzung des Tatbestandes:

Das Hauptziel der Arbeit, die Untersuchung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Einflußnahme des Komm zu seiner unbeschränkten Haftung führen kann, verlangt auch hier eine Aufgliederung des Tatbestandes. Die Einflußnahme des Komm ist zwar ein einheitlicher Vorgang, sie vollzieht sich aber - wie in Abschnitt II der Arbeit aufgezeigt - in verschiedenen Bereichen und verschiedenem Ausmaß. Auf diese Verschiedenheit in Art und Umfang der Einflußnahme kommt es auch bei der Untersuchung ihrer Auswirkungen auf die Haftung an. Demgemäß sind drei Tatbestände zu unterscheiden: Der durch die Einflußnahme im Innenverhältnis erzielte erweiterte Einfluß (Fall 1) und die herrschende Stellung (Fall 2); ferner die Einflußnahme im Außenverhältnis (Fall 3).

Bei der getrennten Untersuchung dieser Tatbestände wird die Einflußnahme im Außenverhältnis vorweg behandelt, da sie in ihrer Problemstellung am einfachsten liegt (vgl. unten II.) und für die Macht des Komm von nur sekundärer Bedeutung ist. Ferner wird bei der Behandlung des Außenverhältnisses davon ausgegangen, daß das Innenverhältnis dem Normaltyp entspricht und umgekehrt bei der Untersuchung der Auswirkungen des Innenverhältnisses auf die Haftung ein zulässig gestaltetes Außenverhältnis unterstellt.

II.) Die Ansatzpunkte für eine unbeschränkte Haftung bei den einzelnen Tatbeständen:

Die in § 1 dieses Kapitels gewonnen Ansatzpunkte für eine unbeschränkte Haftung entspringen teils dem Innenverhältnis (die Kommstellung als solche), teils dem Außenverhältnis (die Kundgabe dieser Kommstellung). Damit sind sie vonvorneherein den einzelnen Einflußtatbeständen zugeordnet. Eine unbeschränkte Haftung des Komm aufgrund einer Einflußnahme im Außenverhältnis hängt davon ab, ob diese die

in Bd. 17 S. 13 ff. (18) läßt die Frage offen, spricht aber aus, daß jedenfalls dann, wenn der Rechtsschein nicht durch öffentliche Kundgebung sondern durch ein Verhalten gegenüber dem Getäuschten geschaffen wurde, dieser die Verursa-

Kundgabe der Kommstellung beeinträchtigt, eine unbeschränkte Haftung des Komm aufgrund einer Einflußnahme im Innenverhältnis davon, ob diese die Kommstellung so verändert, daß es nicht mehr berechtigt erscheint, mit ihr weiterhin die Haftungsbeschränkung zu verbinden. Dabei muß - nachdem die Haftung dem Bereich des Außenverhältnisses angehört - im letzten Falle zusätzlich auf den Zusammenhang zwischen Innen- und Außenverhältnis eingegangen werden, wobei das Problem darin liegt, ob trotz Verlautbarung der Kommstellung eine etwaige sich aus dem Innenverhältnis ergebende unbeschränkte Haftung nach außen wirksam werden kann.

Kapitel II: Die Haftung des Komm aufgrund seiner Einflußnahme im Außenverhältnis

§ 1 Problemstellung

Die Problemstellung ist dadurch geprägt, daß sowohl die Einflußnahme als auch die Haftung dem Bereich des Außenverhältnisses angehören. Es besteht dadurch von vorneherein ein Wirkungszusammenhang zwischen Einflußnahme und Haftung, der eine Abhängigkeit der Haftungsregelung von der Gestaltung des Außenverhältnisses zuläßt. Dabei liegt der Ansatz für diese Abhängigkeit in der Kundgabe der Kommstellung, nachdem sie - wie oben ausgeführt - erst die beschränkte Haftung des Komm auslöst.

Das gesetzliche Außenverhältnis der KG legt die Kommstellung nach außen fest, eine Stellung, die durch den zwingenden Ausschluß von der organschaftlichen Vertretung und der originären Firmenbildung wesentlich eingeschränkt ist. Der Komm tritt nur durch die Eintragung ins Handelsregister (§ 162 HGB) nach außen in Erscheinung. Darin liegt die Wurzel des Problems:

Die Einflußnahme des Komm führt dazu, daß seine Stellung nach außen verstärkt wird. Er handelt für die Gesellschaft, mitunter

chung zu beweisen habe. Dabei soll es allerdings in der Regel naheliegend sein, anzunehmen, daß das Geschäft im Vertrauen auf den Rechtsschein zustande gekommen sei (S. 19 und Leitsatz 2).

- (13) Die ursprüngliche Staub'sche Theorie "Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, gilt als Kaufmann" ist heute allgemein abgelehnt; vgl. Staub-Bondi zu § 5 Anm. 1 (Anhang); Schlegelberger-Hildebrandt § 5 Anm. 7 mit weiteren Nachweisen.
- (14) Hierzu unten S. 110 ff.

ist auch sein Name in der Firmenbezeichnung enthalten, so daß sich damit die Frage stellt, ob diese "Aktivität" nicht seine Kommstellung verdeckt. Es entscheidet, ob der Komm nach außen nach wie vor als solcher erscheint. Dabei kann dies sowohl dadurch, daß die Kommstellung nicht kundgegeben wird, als auch dadurch, daß trotz dieser Kundgabe der Komm wie ein Kompl auftritt, in Frage gestellt sein (1).

Die erste Alternative entfällt nun allerdings dort, wo die KG ordnungsgemäß ins Handelsregister eingetragen ist. Sie erhält nur dann Bedeutung, wenn die Eintragung als solche fehlerhaft und dadurch die Verlautbarung der Kommstellung gefährdet ist (2). Der zweite Fall ist dagegen auch bei ordnungsgemäßer Eintragung aktuell, wobei die Problematik darin besteht, wie ein Auftreten des Komm als Kompl oder wie ein Kompl zu würdigen ist, auch wenn sich aus dem Handelsregister seine Kommstellung ergibt. Besteht in diesem Falle ein Bedürfnis für die Anerkennung eines Rechtsscheins, daß er ein Komm ist?

Damit hat die Untersuchung der Auswirkungen der Einflußnahme des Komm im Außenverhältnis auf seine Haftung von der Institution des Handelsregisters auszugehen. Es entscheidet, welche Bedeutung einer ordnungsgemäßen oder ordnungswidrigen Eintragung für die Verlautbarung der Kommstellung zukommt.

§ 2 Die Haftung des Komm, dem Prokura oder Handlungsvollmacht eingeräumt ist

I.) Die beschränkte oder unbeschränkte Haftung des Komm hängt davon ab, ob er dadurch, daß ihm Prokura oder Handlungsvollmacht übertragen wird oder er von diesen Vollmachten Gebrauch macht, wie ein Kompl erscheint.

1.) Oben (1) wurden die Übertragung der Prokura und die Einräumung einer Vollmacht auf den Komm als zulässig erwiesen. Es wur-

(1) Vgl. oben S. 103 und 104.

(2) So bei der Eintragung der organschaftlichen Vertretung des Komm oder bei einer Firmenbildung unter Verstoß gegen § 19 Abs. 4 HGB; vgl. hierzu unten S. 116 und 118.

(1) Oben S. 91 ff., besonders S. 97-99.

de dies damit begründet, daß die rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnis ein abgeleitetes Recht darstelle, der Komm durch sie also nur die Stellung eines Bevollmächtigten einnehme und somit die Repräsentantenstellung des Kompls nach außen hin erhalten bleibe. Aus dieser Tatsache folgt nun gleichzeitig, daß die Einräumung von Prokura und Handlungsvollmacht auf den Komm nicht zu einer unbeschränkten Haftung führen. Die Kommstellung bleibt nach außen erkennbar, es entsteht kein auf eine unbeschränkte Haftung (Komplstellung) hinweisender Rechtsschein.

2.) Fraglich ist, ob dies auch dann gilt, wenn der Komm von der rechtsgeschäftlichen Vertretungsbefugnis im Einzelfall Gebrauch macht.

a) In Kommentaren und Lehrbüchern wird diese Frage nicht aufgeworfen. Seit durch § 170 HGB Art. 167 III ADHGB (2) außer Kraft gesetzt wurde, da, wie die Denkschrift zum Entwurf eines neuen HGB (3) ausführt, um einer Verdunkelung der Verhältnisse der Gesellschaft vorzubeugen, eine solche Vorschrift nicht erforderlich sei, weist man nur noch darauf hin, daß der Komm als Bevollmächtigter erkennbar im Namen der KG zu handeln habe, widrigenfalls er nach § 164 II BGB persönlich unbeschränkt verpflichtet werde (4).

b) Mit diesem Hinweis ist jedoch nichts gewonnen. Das Problem liegt nicht darin, daß der Vertretungswille des Komm erkennbar wird, sondern darin, daß seine Kommstellung erkennbar bleibt. Es ist selbstverständlich, daß der Komm für die Gesellschaft auftritt, nicht aber, daß er als bevollmächtigter bzw. mit Prokura ausgestatteter Komm handelt. Die §§ 51 und 57 HGB sehen zwar vor, daß Prokurist und Handlungsbevollmächtigter mit einem die Prokura andeutenden bzw. das Vollmachtsverhältnis ausdrückenden Zusatz zu zeichnen haben. Sie stellen jedoch nur Ord-

(2) Dieser ordnete an, daß der Komm, der für die Gesellschaft Geschäfte schloß ohne sich ausdrücklich als Prokurist oder Bevollmächtigter zu bezeichnen, aus diesen Geschäften gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter haftete.

(3) Berlin 1897 S. 57.

(4) Schlegelberger-Geßler § 170 Anm. 4; Weipert § 170 Anm. 10; Barella in DB 1951 S. 149.

nungsvorschriften dar, deren Mißachtung auf die Wirksamkeit der vorgenommenen Geschäfte ohne Einfluß ist (5). Maßgeblich ist allein, daß der Wille zur Fremdwirkung des Handelnden dem Vertragsgegner erkennbar ist. Der Komm kann gemäß den allgemeinen Regeln für die Gesellschaft mit seinem Namen zeichnen oder auch schlechthin mit dem Namen der Firma unterschreiben (6).

Damit ist aber das Auftreten des Komm von dem eines Kompls nicht mehr zu unterscheiden. Auch dieser muß zum Ausdruck bringen, daß er für die Gesellschaft handelt und auch er wird regelmäßig mit dem Namen der Firma oder der Firmenbezeichnung zusätzlich seines eigenen Namens zeichnen.

Tritt der Komm als Vertreter der Gesellschaft auf, ohne darauf hinzuweisen, daß er nur eine rechtsgeschäftliche Vertreterstellung inne hat, so können ihn Dritte, die um seine Gesellschaftereigenschaft wissen, für einen vertretungsberechtigten Gesellschafter, also einen Kompl, halten. Der Komm erweckt den Anschein eines Kompls.

c) Die Frage, ob dadurch seine unbeschränkte Haftung ausgelöst wird, hängt von der Bedeutung des Umstandes ab, daß er als Komm ins Handelsregister eingetragen ist. Kann entgegen der Eintragung im Handelsregister ein eine Haftung auslösender Rechtschein entstehen?

§ 15 II HGB bestimmt, daß ein Dritter ins Handelsregister eingetragene und bekanntgemachte Tatsachen gegen sich gelten lassen muß, es sei denn, daß er sie weder kannte noch kennen mußte. Dabei werden an die Erfüllung dieses Ausnahmetatbestandes strenge Anforderungen gestellt, da als Grundsatz gilt, daß, wer mit Kaufleuten handelt, in der Regel Handelsregister und Bekanntmachungen zu lesen hat (7). § 15 II HGB setzt nun allerdings voraus, daß die Eintragungen auch bekannt gemacht werden. Für die KG gilt jedoch nach § 162 HGB, daß zwar Name, Stand, Wohnort des Komm und der Betrag seiner Hafteinlage ins Handelsregister eingetragen werden, aber nur die Zahl der Komm be-

(5) Schlegelberger-Hildebrandt § 51 Anm. 2, § 57 Anm. 1.

(6) Baumbach-Duden § 108 Anm. 4.

(7) Schlegelberger-Hildebrandt § 15 Anm. 19; Baumbach-Duden § 15 Anm. 3 B.

kannt gemacht wird. Der Verkehr erfährt nicht positiv, daß N. N. Komm der Gesellschaft ist. Er kann dies nur durch Einsichtnahme ins Handelsregister erfahren oder daraus schließen, daß die Art der Gesellschaft als KG und die Namen etc. der Kompl veröffentlicht sind, so daß die übrigen Gesellschafter Komm sein müssen. Soll nun aber auch diese Möglichkeit zur Einsichtnahme und Schlußfolgerung einen entgegenstehenden Rechtsschein ausschließen?

Die Antwort hierauf gibt § 176 HGB. Der Komm kann sich auf seine beschränkte Haftung - abgesehen von dem Fall der Kenntnis des Gläubigers von seiner Kommeigenschaft - mit der Eintragung der KG ins Handelsregister berufen. Erforderlich ist allerdings, daß die Eintragung vollständig ist. Es muß sowohl die KG als solche als auch die Kommeigenschaft der einzelnen Gesellschafter eingetragen sein, da andernfalls offen bleibt, welche Stellung der Gesellschafter in der KG hat und er sich damit zu Gunsten des gutgläubigen Verkehrs als persönlich haftender Gesellschafter behandeln lassen muß. § 176 HGB verfolgt den Zweck, Klarheit darüber zu schaffen, wer beschränkt und wer unbeschränkt haftet (8).

Damit steht fest, daß nach § 176 HGB allein mit der vollständigen Eintragung der KG auch die Kommeigenschaft der Gesellschafter (!) für den Verkehr festliegt. § 162 HGB mit seiner nur beschränkten Veröffentlichung läßt keine Folgerungen dafür zu, daß hier ein Rechtsschein entgegen der Eintragung möglich sein müßte. Auch die Möglichkeit, das Handelsregister einzusehen bzw. die Kommeigenschaft eines Gesellschafters zu erschließen macht diesen für den Verkehr positiv zum Komm.

Somit bleibt es bei dem Problem, ob ein Rechtsschein entgegen der Eintragung im Handelsregister möglich ist. Seine Lösung hängt davon ab, ob ein Bedürfnis besteht, das Vertrauen auf ein der tatsächlichen Sachlage nicht entsprechendes Auftreten zu schützen, wenn das Handelsregister als Informationsquelle zur Verfügung steht.

Aus Literatur und Rechtssprechung ist hierzu keine klare Antwort zu entnehmen. So soll nach Weipert und Gebler ein Komm,

(8) Weipert § 176 Anm. 4; Schlegelberger-Gebler § 176 Anm. 3.

der im Rechtsverkehr als persönlich haftender Gesellschafter einer KG auftritt, sich gutgläubigen Dritten gegenüber als solcher behandeln lassen müssen, wobei sie keinen Vorbehalt für den Fall machen, daß - was sogar die Regel sein wird - aus dem Handelsregister seine Kommstellung ersichtlich ist (9). Die grundlegenden Entscheidungen über die Anerkennung der Rechtsscheinkhaftung, auf die sie zur Begründung verweisen (10), behandeln dagegen Fälle, in denen ein Rechtsschein - bzw. in der Terminologie des Reichsgerichts die Erklärung an die Öffentlichkeit - gerade durch die falsche Eintragung im Handelsregister hervorgerufen wird (11) oder aber eine Handelsregistereintragung völlig fehlt (12). Lediglich in einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 22. 2. 1956 (13) wird der Gedanke eines Rechtsscheins entgegen einer Eintragung, im Handelsregister angedeutet und für möglich gehalten. Der Bundesgerichtshof führt dort aus, es sei nicht ausgeschlossen, daß eine KG für die Verbindlichkeiten, die von einem früheren Gesellschafter, dessen Name in der Firma enthalten ist, der nun aber für die Firma in einem Angestelltenverhältnis tätig ist, begründet worden seien, dann hafte, wenn sie es geduldet habe, daß dieser sich allgemein als Inhaber oder Mitinhaber des Geschäfts ausgab, obgleich aus dem Handelsregister hervorgeht, daß die frühere KG aufgelöst wurde und der Auftretende der neuen Gesellschaft nicht mehr als Gesellschafter angehört. Dabei verweist er darauf, daß schon bisher in gewissen Fällen, so, wenn eine Gesellschaft, für die Gesamtvertretung eingetragen ist, in tatsächlicher Übung und Duldung der Einzelvertretung den Eindruck erweckt, daß diese wieder eingeführt sei (14) oder wenn der stille Gesellschafter einer OHG mit Billigung der per-

(9) Weipert § 164 Anm. 15 a. E.; Schlegelberger-Geßler § 164 Anm. 14; vgl. ferner unten S. 118 FN 20.

(10) Vgl. die Verweisung Weiperts aaO auf § 162 Anm. 21 und die dortigen weiteren Bezugnahmen.

(11) Vgl. RGZ Bd. 142 S. 98 ff. (105) mit Bezugnahme auf die frühere Rechtssprechung, Bd. 145 S. 155 ff. (158), Bd. 164 S. 115 ff. (121).

(12) BGHZ Bd. 17 S. 13 ff.

(13) In LindMöhring § 242 (E) BGB Nr. 8.

(14) RGZ Bd. 5 S. 16 (17), RG in Recht 1923 Nr. 677.

sönlich haftenden Gesellschafter allgemein nach außen hin als Mitinhaber des Geschäfts aufgetreten sei (15), ein Rechtsschein entgegen der Eintragung im Handelsregister anerkannt wurde. Diese Ausführungen überzeugen nicht. So ist bereits in den erstgenannten Entscheidungen zweifelhaft, ob es sich wirklich um einen Rechtsscheinsfall oder um eine stillschweigende Änderung des Vertrages handelt (16), während beim Fall der stillen Gesellschaft eine Eintragung des Stillen ins Handelsregister und damit eine positive, durch den Rechtsschein zu überwindende Aussage des Registers fehlt.

Entscheidend gegen die Ausführungen des Bundesgerichtshofs aber spricht, daß er die Frage nach dem Bedürfnis für einen besonderen Vertrauensschutz (Rechtsschein), wenn das Handelsregister die Rechtsstellung richtig verlautbart, nicht stellt.

Die Einrichtung des Handelsregisters dient dem Zweck, klare Verhältnisse zu schaffen. Jeder, der mit Kaufleuten handelt, hat das Handelsregister einzusehen (17), er wird aber auch in seinem Vertrauen auf die Richtigkeit der im Register verlautbarten Tatsachen geschützt (18). Es besteht kein Anlaß, sein Vertrauen auf Erklärungen der anderen Partei, zumal wenn sie nicht ausdrücklich erfolgen sondern es sich um Folgerungen aus einem bestimmten Verhalten handelt, zu schützen. Der durch das Register gewährte allgemeine Schutz des Verkehrs läßt ein Bedürfnis nach einem besonderen Vertrauensschutz entfallen. Dabei können allerdings Ausnahmen bestehen. Das durch die Institution des Handelsregisters gewährleistete Prinzip der Ordnung und Rechtssicherheit muß in krassen Fällen den Geboten der materiellen Gerechtigkeit weichen. So kann nach Treu und Glauben ausnahmsweise trotz entgegenstehender Verlautbarung des Handelsregisters das Vertrauen auf ein bestimmtes Verhalten ge-

(15) RGZ Bd. 31 S. 33 ff. (39).

(16) Vgl. dazu Schlegelberger-Gekler § 125 Anm. 29 und Anm. 9.

(17) Vgl. oben S. 109 FN 7.

(18) Bei sekundärer Unrichtigkeit der Registereintragung schützt § 15 HGB; bei von Anfang an unrichtigen Eintragungen die Konstruktion der Rechtssprechung, daß die Eintragung eine Erklärung der Eintragungsbeteiligten an die Öffentlichkeit darstelle, den eingetragenen Tatbestand im redlichen Verkehr gegen sich gelten zu lassen; vgl. hierzu Schlegelberger-Hildebrandt § 15 Anm. 22.

schützt werden, wenn der Auftretende arglistig handelt (19), also etwa positiv erklärt, er sei Kompl. Hier würde der Berufung auf die aus dem Handelsregister ersichtliche Haftungsbeschränkung die Einrede der Arglist entgegenstehen (20).

d) Damit wird die Kommeigenschaft durch die Eintragung im Handelsregister für den Verkehr festgelegt. Auch wenn ein Komm aufgrund einer Prokura oder Handlungsvollmacht für die Gesellschaft handelt, ohne das Vertretungsverhältnis näher zu bezeichnen, und damit wie ein vertretungsberechtigter Gesellschafter auftritt, wird allein dadurch seine unbeschränkte Haftung nicht ausgelöst. Maßgebend für einen Dritten, der mit einer Handelsgesellschaft in geschäftliche Beziehungen tritt, sind die Eintragungen im Handelsregister. Sie stellen die Kundgabe rechtserheblicher Tatsachen an den Verkehr dar und es besteht anlässlich dieser Orientierungsmöglichkeit kein Bedürfnis, ein Vertrauen des Dritten auf den Anschein des Auftretens zu schützen. Anders nur, soweit einer Berufung auf die Haftungsbeschränkung die Einrede der Arglist entgegensteht und damit die sonst gegebene Maßgeblichkeit des Handelsregisters beseitigt.

II.) Versucht wurde auch, unter dem Gesichtspunkt der durch die Prokuraeinräumung bzw. Vollmachtsübertragung erlangten Machtfülle des Komm zu einer unbeschränkten Haftung zu kommen (21). Dagegen spricht zunächst, daß die Vertretungsbefugnis für die Macht unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht entscheidend ist, da diese sich allein nach dem Innenverhältnis richtet (22), während die dem Komm verliehene Rechtsmacht ohnehin vom Kompl abgeleitet und damit diesem untergeordnet ist. Im übrigen wird mit dieser Begründung die Berechtigung der mit der Kommstellung als solcher verbundenen Haftungsbeschränkung angegriffen, während

(19) Vgl. Hueck "Der Scheinkaufmann" ArchBürgR Bd. 43 S. 415 ff. (437).

(20) So insbesondere J. v. Gierke § 13 III 2; ferner Schlegelberger-Hildebrandt § 5 Anm. 14.

(21) Vgl. Staab in BB 1959 S. 435, 436, der weiter J. v. Gierke (§ 37 VI 1 b) und Müller-Erzbach für seine Auffassung zitiert. Diese stellen jedoch ebenso wie Boesebeck, Haupt-Reinhardt auf die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ab; vgl. hierzu oben S. 98 FN. 48.

(22) Vgl. oben S. 98 und dortige FN 48.

bisher die mit der "Kundgabe" verbundenen Probleme behandelt wurden. Es handelt sich daher um die gleiche Problemstellung, wie sie in folgendem (Kapitel III) bei der Untersuchung der Auswirkungen des Innenverhältnisses auf die Haftung zutage tritt, so daß hierzu auf die dortigen Ausführungen verwiesen wird (23).

§ 3 Die Haftung des Komm, dem organschaftliche Vertretung eingeräumt ist, dessen Name in die Firmenbezeichnung aufgenommen ist

I.) Zweifelhaft ist, wie es sich auf die Haftung des Komm auswirkt, wenn ihm eine organschaftliche Vertretungsbefugnis, d.h. eine Vertretungsmacht wie einem Kompl, übertragen wird.

1.) Die Literatur spricht sich überwiegend für eine unbeschränkte Haftung aus. Nach J. v. Gierke (1) muß ein Komm, dem im Gesellschaftsvertrag die Vollvertretung wie einem persönlich haftenden Gesellschafter eingeräumt wird, wie ein solcher behandelt werden, ist also persönlich unbeschränkt haftbar. Es liegt keine Nichtigkeit dieser Ermächtigung vor; es finden nicht die Vorschriften über den Falschvertreter Anwendung. Duden (2) führt in Anlehnung an J. v. Gierke aus, daß, wenn der Gesellschaftsvertrag den Komm zum Vertreter bestellt, ihn dies im Verkehr als persönlich Haftenden kennzeichnet. Desgleichen befürwortet Reinhardt (3) eine unbeschränkte Haftung, wenn Komm im Vertrag mit der vollen Vertretungsmacht betraut werden. Den tragenden Grund hierfür sieht er darin, daß den Komm dadurch die Führung in die Hand gegeben sei, so daß sie als Folge nun auch die unbeschränkte Haftung zu tragen haben (4). Dieser Gedanke wird offenbar auch von Geßler (5) übernommen, der unter Hinweis auf Haupt-Reinhardt ebenfalls für die unbeschränkte Haf-

(23) Vgl. unten S. 127 ff.

(1) § 37 VII 1.

(2) Baumbach-Duden (12. Auflage) Anm. 1 A zu § 170; in der 13. Auflage geht er auf das Problem nicht mehr ein.

(3) In Haupt-Reinhardt S. 81.

(4) Haupt-Reinhardt S. 79; auch Müller-Erzbach in JZ 1956 S. 705 ff. (709) stellt auf die dadurch eintretende Verfälschung der Machtlage ab, die eine Vollhaftung der Ge-

tung des Komm, dem organschaftliche Vertretungsbefugnis eingeräumt ist, eintritt (6).

2.) Die Begründungen für die unbeschränkte Haftung gliedern sich in zwei Gruppen. Sie stellen entweder auf die Stellung des Komm nach außen, die ihn als Kompl erscheinen läßt (J.v. Gierke und Duden), oder auf die Machtfülle des Komm, die ihn einem Kompl angleicht (Reinhardt und Geßler), ab. Dabei ist diese zweite Begründung bereits im Ansatz verfehlt. Der Komm erlangt auch dann keine organschaftliche Vertretungsbefugnis, wenn ihm Vertretungsmacht im Rahmen eines persönlich haftenden Gesellschafters eingeräumt wird. § 170 HGB steht hier zwingend entgegen. Die Übertragung ist unwirksam (§ 134 BGB). Sie kann lediglich über § 140 BGB in eine Handlungsvollmacht umgedeutet werden. Mit dieser aber verbindet sich eine im Verhältnis zum Kompl nur untergeordnete Rechtsmacht (7). Im übrigen muß auf die spätere Stellungnahme zu der Frage, wieweit die Übernahme der Geschäftsleitung (Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis als deren Korrelat im Außenverhältnis) sich auf die Haftung auswirkt, verwiesen werden.⁽⁸⁾ Die erste Begründung, daß der Komm durch die Einräumung der organschaftlichen Vertretung als Kompl erscheine und damit unbeschränkt hafte, geht dagegen zutreffend vom Problem des Rechtsscheins aus. Dabei wird jedoch übersehen, daß sowohl die Übertragung der organschaftlichen Vertretungsbefugnis im Vertrag als auch das Handeln des Komm für die Gesellschaft ohne Hinweis auf die Art des Vertretungsverhältnisses dann nicht zu einer unbeschränkten Haftung führt, wenn das Handelsregister ihn als Komm ausweist. Anders nur, wenn der Komm etwa auf seine organschaftliche Vertretungsbefugnis - die ja in Wirklichkeit nur eine Handlungsvollmacht darstellt - verweisen würde. Die unbeschränkte Haftung würde

sellschafter erfordere (unbeschränkte Haftung als Gewähr für eine verantwortungsbewußte Leitung).

(5) In Schlegelberger-Geßler § 170 Anm. 4.

(6) Weipert nimmt zu der Frage nicht Stellung. Sein Hinweis, daß die Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis auch in Verbindung mit einer Prokura oder Handlungsvollmacht nicht die Haftungsbeschränkung aufhebe (§ 164 Anm. 15), spricht sich darüber, welche Wirkungen die Übertragung der organschaftlichen Vertretungsbefugnis auf den Komm auslöst, nicht aus. Er wird deshalb von Müller-Erzbach (in JZ 1956 S. 709)

hier daraus erfolgen, daß der Berufung auf die Haftungsbeschränkung die Einrede der Arglist entgegenstünde.

Eine generelle unbeschränkte Haftung wird dagegen dort ausgelöst, wo die organschaftliche Vertretungsbefugnis des Komm ins Handelsregister eingetragen wird. Der Fall wird kaum praktisch werden, da der Registerrichter die Eintragung ablehnen wird. Ist aber ein Komm fälschlich als organschaftlicher Vertreter der Gesellschaft ins Handelsregister eingetragen, so ist damit im Register sowohl die Stellung als Komm als auch eine typische Kompleigenschaft verlautbart. Dieser Widerspruch muß dazu führen, daß das Register keine Auskunft über die Art der Gesellschafterstellung gibt (9). Der Komm gilt dann gemäß den allgemeinen Grundsätzen als Kompl (10) mit der Folge, daß er allen Gläubigern gegenüber unbeschränkt haftet.

Nicht zu vertreten ist es jedoch, daß diese Wirkung von Duden und J. v. Gierke schlechthin angenommen wird. Aus der Einräumung der organschaftlichen Vertretung im Gesellschaftsvertrag selbst ergibt sich noch kein Rechtsschein.

II.) Eine unbeschränkte Haftung des Komm, dessen Name in der Firma enthalten ist, wird von der h. M. abgelehnt (11). Dabei soll es nicht darauf ankommen, ob der Name entgegen § 19 IV HGB bereits bei der Gründung der Gesellschaft aufgenommen wurde oder aber im Einklang mit den firmenrechtlichen Bestimmungen über die abgeleitete Firma in der Firmenbezeichnung steht (12).

Grundlage einer Haftung kann wiederum nur ein durch die Aufnah-

und Staab (in BB 1959 S. 436) zu Unrecht zu den Gegnern einer unbeschränkten Haftung gezählt.

- (7) Vgl. oben S. 98. Dort ist auch ausgeführt, daß die Frage, wem die Führung des Unternehmens zusteht, nicht von der Vertretungsmacht sondern von der Geschäftsführungsbefugnis abhängt.
- (8) Unten S. 127 ff.
- (9) Vgl. die Parallele im Grundbuchrecht, wo nach h. M. widerspruchsvolle Doppelbuchungen im Grundbuch sich gegenseitig aufheben und keinen Rechtsschein begründen (Staudinger-Seufert Anm. 6 zu § 892 BGB mit weiteren Nachweisen).
- (10) Vgl. oben S. 102/103.
- (11) Schlegelberger-GeBler § 161 Anm. 7; Weipert § 161 Anm. 9;

me des Namens in die Firmenbezeichnung ausgelöster Rechtsschein sein. Er kann grundsätzlich nur bestehen, wenn die Firmenbezeichnung im Rechtsverkehr als Dokumentation der Inhaberschaft aufgefaßt werden darf. Dies wird für die Firma der KG verneint: Der Umstand, daß aus der Firma nicht einmal die Eigenschaft der Gesellschaft als KG hervorgehen muß (13), zeige, daß die Vorschriften über den Inhalt der Firma und ihre Eintragung nicht dem besonderen Schutze der Gläubiger dienen (14). Man dürfe sich auf die Firma nicht verlassen, da sie den letzten Rechtszustand nicht wiederzuspiegeln brauche (15). Die Gläubiger seien durch das vom Gesetzgeber streng durchgeführte Prinzip der Kundbarmachung (vgl. §§ 162, 172 - 176 HGB) geschützt (16).

Während das erste Argument einer Haftung aus Rechtsschein nicht entgegensteht (17), ist dies bei dem zweiten Argument fraglicher. Es trifft zwar zu, daß durch die §§ 22 und 24 HGB der Grundsatz der Firmenwahrheit durchbrochen ist. Trotzdem aber bleibt zweifelhaft, ob nicht dann, wenn die Firma neu gegründet worden ist und etwa der Name des Komm entgegen dem Verbot des § 19 IV HGB in die Firmenbezeichnung aufgenommen wurde oder der Gesellschafter, nach dem die Firma benannt wurde, sofort nach der Eintragung die Kommstellung einnahm, ein Dritter darauf vertrauen darf, daß der in der eben gegründeten Firma Genannte auch Kompl ist. Die richtige Lösung gibt auch hier das dritte Argument, der Hinweis auf das Handelsregister. Die Gesellschafterstellung wird durch den Eintrag im Handelsregister nach außen festgelegt. Verlautbart dieses die Kommeigenschaft eines Gesellschafters, so ist es unerheblich, ob sein

Flechtheim § 161 Anm. 4, § 176 Anm. 1; a. A. Wieland I S. 741 Anm. 9, der zur Begründung jedoch lediglich auf Art. 168 ADHGB und Art. 600 SchweizOR verweist.

(12) Weipert § 161 Anm. 9.

(13) OLG München in HRR 1938 Nr. 535.

(14) Weipert § 161 Anm. 9.

(15) Schlegelberger-Gekler § 161 Anm. 7.

(16) Flechtheim § 161 Anm. 4.

(17) Entscheidend ist, daß bei OHG und KG stets nur der Name eines persönlich haftenden Gesellschafters aufgenommen werden darf, so daß der Name des Komm auf seine Stellung als persönlich haftender Gesellschafter hinweisen könnte.

Name in der Firmenbezeichnung enthalten ist. Dabei gilt auch hier, daß die Verlautbarung der Kommstellung widerspruchsfrei sein muß. Das bedeutet, daß die Firma nicht unter Verstoß gegen § 19 IV HGB gebildet sein darf. Der Gesellschafter wird in diesem Falle einerseits als Komm bezeichnet, andererseits aber mit der Übernahme seines Namens in die Firma wie ein Kompl behandelt mit der Folge, daß die Art seiner gesellschaftlichen Beteiligung aus dem Register nicht eindeutig ersichtlich wird und er sich damit als Kompl behandeln lassen muß, d. h. unbeschränkt haftet (18).

III.) Ergebnis: Die Übertragung der organschaftlichen Vertretung auf den Komm und die Aufnahme seines Namens in die Firmenbezeichnung bei Gründung der Gesellschaft (Verstoß gegen §§ 170 und 19 IV HGB) führen zu einer generellen unbeschränkten Haftung des Komm, wenn sie ins Handelsregister eingetragen sind. Das Handelsregister verlautbart die Kommeigenschaft nicht mehr eindeutig mit der Folge, daß der Komm wie ein Kompl behandelt werden muß. Kommt dagegen eine Verdunkelung der Kommstellung im Handelsregister nicht in Betracht, so, wenn die Einräumung der organschaftlichen Vertretung nicht ins Register eingetragen wird oder wenn es sich bei der Aufnahme des Namens des Komm in die Firma um die Bildung einer abgeleiteten Firma handelt, so entfällt damit eine unbeschränkte Haftung des Komm. Sie kann nur ausnahmsweise entsprechend den oben aufgeführten Grundsätzen über Treu und Glauben (19) zum Zuge kommen (20).

-
- (18) Bei der abgeleiteten Firma ist die Änderung der Rechtsstellung des Komm aus dem Register zu ersehen (vgl. § 162 Abs. 1, 3 HGB) und damit eine Widersprüchlichkeit der Eintragung ausgeschlossen.
- (19) Einrede der Arglist gegenüber der Berufung auf die im Handelsregister verlautbarte Kommstellung; vgl. oben S. 112/113.
- (20) Insoweit im Ergebnis wieder übereinstimmend leipert § 161 Anm. 9 und Schlegelberger-Gekler § 161 Anm. 7, die dann, wenn der Komm, dessen Name in der Firma enthalten ist, nach außen wie ein Kompl auftritt, ihn wie einen persönlich haftenden Gesellschafter in Anspruch nehmen wollen, allerdings ohne die im Text enthaltene Beschränkung auf die Fälle der Arglist. Vgl. hierzu jedoch oben S. 110 ff. (Bedürfnis für eine Rechtsscheinhaftung entgegen der Handelsregistereintragung).

Kapitel III: Die Haftung des Komm aufgrund seiner Einflußnahme im Innenverhältnis

§ 1 Problemstellung

Sie ist dadurch gekennzeichnet, daß im Gegensatz zur Einflußnahme im Außenverhältnis die Trennung von Innen- und Außenverhältnis überwunden werden muß. Die Einflußnahme des Komm vollzieht sich im Verhältnis der Gesellschafter zueinander, die Haftung legt die Stellung der Gesellschafter zu Dritten fest. Soll daher der Ausbau der Rechtsstellung des Komm auf seine Haftung einwirken, so erfordert dies eine Maßgeblichkeit des Innenverhältnisses in zweifacher Richtung: Es muß sich erstens aus dem Innenverhältnis die Art der Haftung (beschränkte oder unbeschränkte) ergeben und es muß weiter diese sich nach dem Innenverhältnis richtende Haftungsregelung nach außen wirksam sein.

I.) Entscheidend ist damit zunächst, ob überhaupt ein Anlaß besteht, dem Komm, der durch eine Änderung des Innenverhältnisses einen erweiterten oder beherrschenden Einfluß genommen hat, die Übernahme des vollen Haftungsrisikos aufzubürden. Soll dies der Fall sein, so muß zwischen Innenverhältnis und Haftung eine Beziehung bestehen, da nur dann eine Änderung des Einflusses eine Änderung der Haftungsfolgen auslösen kann. In Kapitel I § 1 dieses Abschnitts ist bereits dargelegt, daß die unbeschränkte oder beschränkte Haftung primär aus dem Innenverhältnis erwächst, indem sie mit der Kompl- oder Kommstellung von Gesetzes wegen verbunden ist. Das gesetzgeberische Leitbild dieser Regelung war dabei der vorhandene bzw. fehlende Einfluß im Rahmen des normalen Geschäftsbetriebes. Die damit gewonnene Beziehung zwischen Einfluß und Haftung muß sich nun allerdings als eine Abhängigkeit darstellen, wenn durch die Einflußnahme eine unbeschränkte Haftung ausgelöst werden soll. Es genügt nicht allein, daß der Zusammenhang zwischen Einfluß und Haftung gestört wird, sondern diese Störung muß ihrerseits auf die Haftung auswirken. Ob das der Fall ist hängt jedoch entscheidend davon ab, worauf nach dem Zweck des Gesetzes die Haftungsbeschränkung beruht. Soll allein die Kommeigenschaft als solche genügen oder muß als rechtferti-

gendes Moment noch die - bei der gesetzlichen Regelung bestehende - Einflußlosigkeit hinzukommen? Besteht ein Bedürfnis dafür, daß der Einfluß des Komm im Innenverhältnis durch eine unbeschränkte Haftung gezügelt wird?

II.) Nötigt die Einflußnahme des Komm im Innenverhältnis dazu, ihn mit dem vollen Haftungsrisiko zu belasten, so knüpft sich daran als zweite Frage, ob diese unbeschränkte Haftung auch nach außen wirksam werden kann. Soll der Komm unbeschränkt haften, so darf der Umfang der Haftung nur von der inneren Berechtigung der Haftungsbeschränkung abhängig sein und nicht auch von einer auf eine nur beschränkte Haftung hinweisenden Kundgabe der Kommstellung. Es geht also darum, ob das Innenverhältnis oder das Außenverhältnis für den Umfang der Haftung bestimmend ist.

1.) Die Frage hat ihren Grund in der Trennung von Innen- und Außenverhältnis. Sie entspringt damit dem Wesen des Zivilrechts. Die Trennung findet sich nicht nur bei der Gesellschaft. Sie wird bei ihr nur dadurch besonders deutlich, daß ein Kollektiv handelnd am Rechtsverkehr teilnimmt und so die Vorgänge innerhalb dieses Kollektivs (das Verhältnis der Gesellschafter zueinander) und zwischen dem Kollektiv und dem Verkehr sich gegenüberstehen. Doch ist jedes Handeln von einem "Innenverhältnis", den Motiven, wirtschaftlichen Zielen und Zweckvorstellungen, und einem "Außenverhältnis", der Kundgabe einer - diesen Zielen entsprechenden - rechtlichen Form, bestimmt. Aus dem Ordnungszweck des Zivilrechts folgt nun, daß grundsätzlich für die Auslösung der Rechtswirkungen diese Kundgabe maßgebend ist. Das Zivilrecht ist Verkehrsrecht. Es soll eine Ordnung des Zusammenlebens schaffen und muß deshalb notwendig auf das Auftreten nach außen abstellen. Es entscheidet das "Außenverhältnis", das dadurch vom "Innenverhältnis", den wahren Absichten und der tatsächlichen Sachlage, losgelöst wird. Die Trennung besteht. Sie wird jedoch erst zum Problem, wenn Innen- und Außenverhältnis voneinander abweichen, indem das erstrebte wirtschaftliche Ziel bzw. die tatsächliche Sachlage und die Kundgabe sich nicht mehr entsprechen. Hier gilt es eine Lösung des Konflikts zu finden. Das Zivilrecht geht hierbei von der Geltung des Außenverhältnisses aus (1), allerdings nicht uneingeschränkt. Das

"Innenverhältnis" kommt dort zum Zuge, wo der Schutz höher-rangiger Interessen dazu nötigt, den Ordnungszweck zurückzustellen (2).

2.) Bei Brecher in der Einleitung seiner Abhandlung "Subjekt und Verband" (3) klingt der Versuch an, den Konflikt zwischen Innen- und Außenverhältnis zu überwinden. Er fordert, zwischen beiden keine impermeable Wand aufzurichten sondern durchzustößen zu der Erkenntnis, daß unter bestimmten Voraussetzungen das eine in das andere umschlagen kann (4). Erforderlich sei ein neues Ja zum Konkreten, was ja auch der Sinn der Teleologie, Dialektik, Sachlogik, Interessen- oder Wertungsjurisprudenz sei. Es müsse in die "objektive Struktur der Rechtsverhältnisse" eingedrungen werden (5).

Die Ausführungen bringen leider keine Lösung in dem Sinne, daß der Konflikt durch eine übergeordnete Überlegung aufgehoben wäre. Vielmehr ist das "Ja zum Konkreten" eine Forderung nach der Maßgeblichkeit des Innenverhältnisses, wobei jedoch der Hinweis auf die Teleologie, Interessenjurisprudenz etc. hierfür keine Begründung abgibt. Es handelt sich bei diesen um

-
- (1) Anders das Steuerrecht. Es muß als Abgabenrecht darauf abstellen, "wo die wirtschaftlichen Werte sind und wo verdient wird" (Bühler "Die leitenden Ideen des deutschen Steuerrechts" in ArchÖR 1943 S. 130 ff., 139). Dies bedeutet, daß es auf die wahre Leistungsfähigkeit ankommt, d. h. auf die Wertung des Sachverhalts, wie er sich wirtschaftlich darstellt, wobei demgegenüber die Form (Kundgabe nach außen) zurückzustehen hat. Das Steuerrecht erfordert grundsätzlich eine Maßgeblichkeit des Inhalts der Rechtsgeschäfte, von der nur dann abgegangen wird, wenn der besondere Zweck eines Steuergesetzes ausnahmsweise auf die Form abstellt, wie dies bei den sog. Rechtsverkehrssteuern der Fall ist, wo die Steuerpflicht daraus entspringt, daß man sich zur Durchsetzung wirtschaftlicher Ziele bestimmter rechtlicher Formen bedient. Aus diesem Grunde erscheint es bedenklich, die sog. wirtschaftliche Betrachtungsweise (§ 1 StAnpG) und die Nichtanerkennung mißbräuchlicher Gestaltungsformen (§ 6 StAnpG) auf das Zivilrecht zu übertragen. Beide entspringen der typischen steuerlichen Interessenlage, die zur Erfassung der wahren Leistungsfähigkeit dazu nötigt, auf das Innenverhältnis abzustellen (§ 1 III StAnpG "wirtschaftliche Betrachtungsweise als Wertungsprinzip"), so daß notwendig die Berufung auf ein dem Innenverhältnis nicht entsprechendes Außenverhältnis als mißbräuchlich und demgemäß unbeachtlich erscheint (§ 6 StAnpG).
Über Inhalt und Bedeutung des Grundsatzes der wirtschaftlichen Betrachtungsweise und über das Verhältnis von § 1 III zu § 6 StAnpG vgl. eingehend meine Diplomarbeit "Die wirt-

Methoden der Rechtsanwendung, die zum Inhalt haben, daß stets auf den Zweck des Gesetzes - auch die Interessen sind im Grunde nichts anderes als ein ins Ökonomische gewandter Zweck - abzustellen sei. Gerade aus dem Zweck des Zivilrechts erwächst jedoch ein Bedürfnis nach der Geltung des Außenverhältnisses.

3.) Damit bleibt im Falle eines Konflikts zwischen der Maßgeblichkeit des Innen- oder Außenverhältnisses abzuwägen. Dabei können leicht formale Begründungen gefunden werden. So läßt sich die Geltung des Außenverhältnisses mit dem Hinweis auf einen Mißbrauch der Rechtsform beiseite schieben. Gemäß der tatsächlichen Sachlage (Innenverhältnis) erscheint die Kundgabe der Rechtsstellung (Außenverhältnis) als mißbräuchlich, da die Kongruenz mit dem Innenverhältnis fehlt. Andererseits kann umgekehrt auch aus der verselbständigten Bedeutung der Kundgabe und der darin liegenden Anerkennung des Rechtsscheins ein Vorrang des Außenverhältnisses gegenüber dem Innenverhältnis begründet werden. Eine wirkliche Lösung muß tiefer ansetzen. Es geht um das Problem, ob der in der Typisierung des Außenverhältnisses und der Verselbständigung der Kundgabe zum Ausdruck kommende Grundsatz der Rechtssicherheit oder das in der Geltung des Innenverhältnisses liegende Prinzip der materiellen Gerechtigkeit vorgehen soll (6). Auch der Mißbrauch der Rechtsform bzw. die Anerkennung des Rechtsscheins bedarf noch einer Begründung, die hier nur aus der Abwägung gewonnen werden kann, ob ausnahmsweise der Schutz des Verkehrs hinter der Wahrung höherrangiger Interessen zurückzustehen habe (7).

schaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht", eingereicht 1959 bei der staatswirtschaftlichen Fakultät der Universität München.

- (2) Vgl. als Beispiele etwa den Schutz der Geschäftsunfähigen (§§ 104 ff. BGB), die Durchbrechung des gutgläubigen Erwerbs durch § 935 BGB (der Schutz wurde hier erforderlich, weil das Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz nicht veranlaßt wurde), ferner die Ausprägung des Schutzgedanken in der Form der Anfechtung §§ 119 ff. BGB.
- (3) In Hueck-Festschrift 1959 S. 233 ff.
- (4) "So daß man nicht immer den Rechtsschein und Rechtsmißbrauch oder die normative Kraft der Tatsachen berufen muß, um etwa den Komm, der geschäftsführungsmäßig und wirtschaftlich der alleinige Herr und Risikoträger ist, oder den atypischen Stillen entsprechend ihrer Stellung haften zu lassen". aaO S. 235/236.

§ 2 Die Haftung des Komm bei erweiterter Einflußnahme

I.) Allgemeine Stellungnahmen der Literatur:

Das Problem wurde, soweit ersichtlich, erstmals von Müller-Erzbach aufgeworfen. Bereits in seinem "Handelsrecht" (1) weist er darauf hin, daß der Komm mit der Geschäftsführung betraut, ja zum alleinigen Geschäftsführer bestellt werden könne, in all diesen Fällen aber dann auch - wie nach englischem und französischem Recht - unbeschränkt haften müsse. In seinem Beitrag über "Die Haftung und die Vermögensbeteiligung des Komm und des stillen Gesellschafters, besonders im Falle ihrer Anteilnahme an der Unternehmensverwaltung" in der Festschrift für Heymann (2) wird dieser Gedanke vertieft und eindeutig auf die rechtspolitische Ebene übertragen (3). Müller-Erzbach regt hier unter Berufung auf den inneren Zusammenhang zwischen Herrschaft und Haftung die unbeschränkte Haftung des an der Geschäftsführung teilnehmenden Komm an (4). Diese These wurde in der Folgezeit aufgegriffen. Sie liegt den rechtspolitischen Arbeiten Würdingers (5), Boesebecks (6) und Friedrichs (7) zugrunde und wird auch in dem Ausschußbericht der Akademie für Deutsches Recht zur Reform des Rechts der KG mit dem Vorschlag der unbeschränkten Haftung des Komm, der "zum Träger der Geschäfts-

-
- (5) In Festschrift für Nikisch 1958 "Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht" S. 232 ff. (240).
- (6) Über die Antinomie dieser beiden Rechtsgrundsätze und die Relativität aller Lösungen vgl. Radbruch "Rechtsphilosophie" S. 168 ff. und 97 ff.; eine individualistische Wertvorstellung führt zur Anerkennung des Prinzips der materiellen Gerechtigkeit, eine überindividualistische zur Bevorzugung der Rechtssicherheit.
- (7) Vgl. Reinhardt in Lehmann-Festschrift 1956 S. 591, der die These von Macht und Verantwortung bzw. den Grundsatz der verantwortungsbewussten Führung als eine im Prinzip vorgeschriebene Gestaltung - das ist mit den Worten des Textes ein "höherrangiges Interesse" - bezeichnet. Bedenklich ist dagegen die Begründung J. v. Gierkes (§ 37 IX 2, besonders aber in ZHR Bd. 107 S. 148 f.) und Lehmanns (GesR S. 54), die § 6 StAnpG heranziehen wollen. Der Zweck des Steuerrechts ist darauf ausgerichtet, die tatsächliche Sachlage zu erfassen, so daß bereits daraus die Notwendigkeit entspringt, auf das Innenverhältnis abzustellen (vgl. oben S. 121 FN 1). Es fehlt dort der auf die Anerkennung des Außenverhältnisses dringende Ordnungszweck des Zivilrechts.

führung" geworden sei, übernommen (8).

Darüberhinaus wird in der Literatur versucht bereits nach geltendem Recht zu einer unbeschränkten Haftung zu kommen. So wird von Reinhardt (9) in dem rechtsethischen Grundsatz der haftungsbeschränkten Herrschaft ein wirtschaftsverfassungsrechtliches Prinzip gesehen, das in der gesetzlichen Regelung, die den geschäftsführenden Kompl mit der unbeschränkten Haftung belaste, zum Ausdruck komme. Eine Verteilung der Funktionen, die dem Komm die Führung des Unternehmens in die Hand gebe, sei mit diesen gesetzlichen Ordnungsgedanken unvereinbar und müsse deshalb die Konsequenz der unbeschränkten Haftung des Komm auslösen. Die Tarnung als Komm stelle sich unter solchen Umständen als Mißbrauch der Gesellschaftsform dar und könne ihm wegen des darin liegenden Verstoßes gegen einen zwingenden wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundsatz nicht zugute kommen (10).

Die für die Handhabung der Praxis maßgebenden Kommentare sind dagegen zurückhaltend. Flechtheim lehnt eine unbeschränkte Haftung aufgrund der Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis auf den Komm ausnahmslos ab mit dem Hinweis, daß die Haftungsbeschränkung des Komm nicht auf seinem Ausschluß von der Geschäftsführung sondern auf der öffentlich kundgegebenen Erklärung, nur

-
- (2) Beiträge zum Wirtschaftsrecht 1931 II S. 737 ff.
 - (3) Vgl. hierzu Silberschmid in LZ 1932 Sp. 1329 ff. und die Entgegnung Müller-Erzbachs in LZ 1933 Sp. 145 ff.; vgl. ferner Müller-Erzbach "Das private Recht der Mitgliedschaft" Kap. 14 Herrschaft und Haftung S. 114 ff.
 - (4) aaO S. 738: "Das Recht darf eine haftungsbefreite oder haftungsbeschränkte Herrschaft nicht dulden".
 - (5) "Betrachtungen zur inneren Struktur der KG" in Soz.Praxis 1938 Sp. 194 ff.
 - (6) "Die kapitalistische KG" in Soz. Praxis 1938 Sp. 715 ff. und in "Kapitalistische KG" S. 65.
 - (7) "Der Schutz der Gläubiger bei der KG" in Soz.Praxis 1938 Sp. 1153 ff.
 - (8) Ausschlußbericht S. 37.
 - (9) In Haupt-Reinhardt S. 79.
 - (10) Ebenso im wesentlichen Lehmann "GesR" S. 331 ff., wonach dann, wenn das im Gesetz ausgewogene Verhältnis von Unternehmensleitung und Kapital in sein Gegenteil verkehrt wird, in der Berufung auf die beschränkte Haftung grundsätzlich "ein Mißbrauch, ein Verstoß gegen wesentliche Grundsätze unserer Wirtschaftsordnung, also den Zweck der

beschränkt haften zu wollen, beruhe (11). Geßler und Weipert schließen sich ihm grundsätzlich an, wollen dann aber doch in Einzelfällen eine unbeschränkte Haftung zulassen. Dabei sind ihre Stellungnahmen gerade in Bezug auf die tatbestandliche Abgrenzung ziemlich unklar. So wird zunächst die Haftung aus einer Übertragung der Geschäftsführung mit der Haftung aufgrund Rechtsscheins vermengt, letztlich dann aber unter Berufung auf den Mißbrauch der Rechtsform darauf abgestellt, ob der Komm sich wirtschaftlich als Inhaber des Unternehmens darstellt und einen vermögenslosen Kompl vorschiebt (12). Dabei werden zur Begründung die Entscheidungen des Reichsgerichts in Band 129 S. 50 ff. (54) in Verbindung mit Band 156 S. 271 ff. (277) zur Einmann-GmbH herangezogen, wonach "die Wirklichkeit des Lebens, die wirtschaftlichen Bedürfnisse und die Macht der Tatsachen" es dem Richter gebieten können, die juristische Konstruktion (d. h. hier die persönliche und vermögensmäßige Selbständigkeit der GmbH und ihres Gesellschafters) hintanzusetzen, um einem mit der Gesellschaft in Rechtsbeziehungen getretenen Dritten zu der ihm nach Treu und Glauben zukommenden Leistung zu verhelfen. In Fortführung dieser Gedanken soll sich dabei auch die unbeschränkte Haftung der Komm ergeben, die statt, d. h. unter Ausschluß der Kompl oder ihres maßgeblichen Einflusses tatsächlich als Träger der Geschäftsführung erscheinen (13).

Rechtsordnung (BGHZ Bd. 22 S. 226) liege" (S. 334); ferner J. v. Gierke § 37 VI 1 b, wonach ein Komm, der an die Stelle des Kompls tritt, wie ein solcher behandelt werden muß, und § 37 IX 2, wonach solche Fälle als Mißbrauch der Rechtsform nach Maßgabe des Ordnungsprinzips bereits nach geltendem Recht bekämpft werden könnten; ähnlich in ZHR Bd. 107 S. 148 ff. unter Hinweis auf § 5 AO 1919 (= § 6 StAnpG).

- (11) § 164 Anm. 6 a. E.; diese Begründung übersieht jedoch, daß die beschränkte Kommhaftung zwar durch die Kundgabe der Kommstellung ausgelöst wird, ihren inneren Grund aber in der untergeordneten Stellung des Komm im Innenverhältnis hat, so daß es denkbar ist, einer Änderung des Innenverhältnisses auch Auswirkungen auf die Haftung zuzumessen; vgl. oben S. 101.
- (12) Schlegelberger-Geßler § 164 Anm. 14: "In solchen Fällen des Mißbrauchs der Rechtsform - scil. wenn in dem Verhalten des Komm eine bewußte Irreführung Dritter zu erblicken ist und der Kompl sich als persönlich haftender Gesellschaf-

II.) Einschaltung: Die Regelung des ausländischen Rechts. Das ausländische Recht (14) kommt nahezu ausschließlich (15) zu einer - in den einzelnen Voraussetzungen und im Umfang allerdings unterschiedlichen - unbeschränkten Haftung des Komm, der auf die Geschäftsführung Einfluß gewonnen hat. So haftet nach der ursprünglichen Fassung des Art. 28 des französischen Code de Commerce, mit welcher die Niederlande, Argentinien, Brasilien, Bolivien, Chile, Ekuador übereinstimmen, der Komm allgemein, dauernd und unbeschränkt, wenn er auch nur vereinzelte Geschäftsführungshandlungen vorgenommen hat. Das neue französische Recht beschränkt die Haftung des Komm dahin, daß er nach Maßgabe der Zahl und der Bedeutung der von ihm vorgenommenen Handlungen nach richterlichem Ermessen für alle Verpflichtungen der Gesellschaft oder einige derselben für haftbar erklärt werden kann, während er ohne weiteres für alle Verpflichtungen aus von ihm vorgenommenen Handlungen unbeschränkt haftet. Nach spanischem Recht lassen verbotswidrig vorgenommene Geschäfte, nach belgischem und mexikanischem Recht eine gewohnheitsmäßige Beteiligung an der Geschäftsführung den Komm unbeschränkt haften. Endlich haftet der limited partner nach englischem Recht für die Verpflichtungen unbeschränkt, die während der Zeit eingegangen sind, in welcher er sich an der Geschäftsführung beteiligt hat (16).

ter geriert, oder wenn der die Geschäfte betreibende Komm eine vermögenslose Person als persönlich haftenden Gesellschafter vorschiebt - haftet der Komm als wirklicher Geschäftsführer (!) trotz der entgegengesetzten Eintragung unbeschränkt"; Weipert § 164 Anm. 16: "Auch ohne Irreführung über die Beschränkung der Haftung und auch ohne Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis auf den Komm (Anm. 15) kann ein Mißbrauch der Rechtsform der KG vorliegen. So, wenn die als Komm Auftretenden, die in Wirklichkeit die Geschäfte betreiben, eine vermögenslose Person als persönlich haftenden Gesellschafter vorschieben ...".

- (13) Weipert § 164 Anm. 16 a. E.
- (14) Vgl. zu folgendem Ausschlußbericht S. 32 FN 2, ferner Müller-Erbach "Das private Recht der Mitgliedschaft" Kap. 14 S. 114 ff.
- (15) Außer Schweiz, Schweden und Liechtenstein, wo die Übertragung der Geschäftsführung und Vertretung auf den Komm zulässig ist.
- (16) Zur Regelung des englischen und französischen Rechts auch

Auch dem deutschen Recht war der Zusammenhang zwischen Geschäftsführung und Haftung nicht fremd. So war bereits nach einem Privileg Friedrichs III für Nürnberg aus dem Jahre 1464 die beschränkte Haftung des Komm daran gebunden, daß er sich nicht an der Geschäftsführung beteiligte und auf die Geschäfte nicht wie die "Regierer", die "Hauptherren" und "obristshaupthandler" bestimmenden Einfluß ausübte (17).

III.) Die zunächst entscheidende Frage ist, ob sich mit der Kommstellung das Privileg der beschränkten Haftung auch dann noch verbindet, wenn der Komm seinen Einfluß im Innenverhältnis verstärkt hat.

1.) Der innere Grund für die beschränkte Risikotragung des Komm liegt in seiner Einflußlosigkeit im Rahmen des normalen Geschäftsbetriebes (18). Mit zunehmendem Einfluß des Komm verliert dieser Grund an Gewicht, nimmt die aus der erlangten Stellung sich ergebende "Berechtigung" der Haftungsbeschränkung ab. Dabei ist nun allerdings zu berücksichtigen, daß das Gesetz die in den §§ 163 ff. HGB niedergelegte Regelung nur subsidiär zur Geltung bringen will. Es überläßt bewußt die Gestaltung des Innenverhältnisses und damit die Abgrenzung des Einflusses den Vereinbarungen der Parteien, da nur dadurch der Ausgleich der Gesellschafterinteressen gewährleistet wird (19). Die Frage lautet also, ob, wenn die Parteien nicht auf die subsidiäre gesetzliche Regelung zurückgreifen sondern das Kräfteverhältnis im Innenverhältnis nach ihren Zwecken regeln, die Berechtigung der Haftungsbeschränkung des Komm in Frage gestellt werden kann. In dieser Fragestellung liegt ein wesentlicher Unterschied zu den oben aufgezeigten ausländischen Rechtsordnungen. In ihnen ist eine Beteiligung des Komm an der Geschäftsführung verboten. Es liegt daher nahe, daß ein Verstoß gegen dieses Verbot als Sanktion eine un-

Müller-Erzbach in Heymann-Festschrift S. 738.

(17) Müller-Erzbach in "Das private Recht der Mitgliedschaft" S. 117, in "Handelsrecht" S. 228.

(18) Vgl. oben S. 20 und S. 101/102. Nach der Ansicht Flechtheims (§ 164 Anm. 6 a.E.), daß die Haftungsbeschränkung in der Erklärung, nur beschränkt haften zu wollen, ihren Grund habe, scheint dagegen eine Abhängigkeit zwischen Einfluß und Art der Haftung auszuschneiden. Doch stellt sich auch hier die Frage, ob diese Erklärung des Komm stets zu einer Haftungsbeschränkung führt oder nicht unter bestimmten Voraussetzungen etwa

beschränkte Haftung auslösen kann. Nach der deutschen Regelung ist aber gerade die Ausgestaltung des Innenverhältnisses und damit auch die Regelung der Geschäftsführung den Parteien freigestellt (20).

Diese nur hilfsweise Geltung des gesetzlichen Innenverhältnisses läßt es zweifelhaft erscheinen, ob der in der gesetzlichen Regelung zum Ausdruck kommenden Beziehung zwischen Einfluß und Verantwortung die Bedeutung eines zwingenden Ordnungsprinzips zukommen kann (21). Der Zweifel wird noch dadurch verstärkt, daß das Gesetz eine Abwandlung des Innenverhältnisses zuläßt, ohne ihm Auswirkungen auf die Haftung beizumessen. Soll trotz diesem Schweigen des Gesetzes eine unbeschränkte Haftung des Komm angenommen werden können, wenn er seinen Einfluß im Innenverhältnis erweitert? Dies muß grundsätzlich verneint werden. Das Zivilrecht wird vom Gedanken der Rechtssicherheit getragen. Dies gilt besonders für die Haftungsregelung. Sie muß klar und unzweideutig sein (22). Läßt daher das Gesetz eine Verschiebung des Einflusses ohne Folgen für die Haftung zu, so verbietet schon dieses Interesse an der Klarheit der Haftungsregelung die Annahme einer unbeschränkten Haftung. Allerdings ist ausnahmsweise auch eine entgegengesetzte Entscheidung möglich. Der in der Befolgung des Gesetzeswörtlauts zum Ausdruck kommende Grundsatz der Rechtssicherheit gilt nicht ausnahmslos. Er muß vielmehr dort weichen, wo dies zum Schutze höherwertiger Interessen erforderlich ist.

Damit wird das Problem präzisiert. Es geht darum, ob ein Bedürfnis dafür besteht, einem Komm bei einer erweiterten Einflußnahme das Privileg der beschränkten Haftung zu versagen, um auf diese Weise Interessen, die höher zu werten sind als das Interesse an der Klarheit der Haftungsregelung, zu schützen.

2.) Von der Literatur wird die Frage nicht in dieser Form gestellt, wie überhaupt die Ausführungen zu den Folgen einer Ein-
wegen Mißbrauch (wenn im Innenverhältnis keine Gesellschaft vorliegt - zur herrschenden Stellung vgl. unten S. 135 ff. -) unbeachtlich ist.

(19) Vgl. Ausschlußbericht S. 26.

(20) Gegen ein Verbot einer Beteiligung des Komm an der Geschäftsführung vom rechtspolitischen Standpunkt aus Hueck in Vierteljahresschrift Bd. 30 S. 213 ff. (216).

(21) So Lehmann "GesR" S. 333; Haupt-Reinhardt S. 79; J. v. Gierke § 29 I 2.

(22) Hueck in Vierteljahresschrift Bd. 30 S. 213 ff. (215).

flußnahme des Komm allgemein durch eine gewisse "journalistische Großzügigkeit" gekennzeichnet sind, ein Mangel, der sich besonders bei der Abgrenzung des Tatbestandes nachteilig bemerkbar macht. Trotzdem ist jedoch erkennbar, daß die Haftung in erster Linie im Interesse der Gläubiger bejaht wird. Dies zeigen deutlich die in den Kommentaren (23) enthaltene Gegenüberstellung der Rechtsfigur der KG mit der GmbH, bei welcher die beschränkte Haftung der wirtschaftlichen Inhaber stets offenkundig sei (24), der Hinweis auf den vermögenslosen Kompl, dessen Haftung für die Gläubiger wertlos sei und die Berufung auf die Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ Bd. 156 S. 271 ff. (277), wonach den Gläubigern nach Treu und Glauben die ihnen gebührende Leistung zuzukommen habe. Es kommt ferner auch bei Lehmann (25) in seiner Ableitung der These von Macht und Verantwortung als gestaltendes gesellschaftsrechtliches Ordnungsprinzip aus der Gegenüberstellung der Personal- und Kapitalgesellschaften zum Ausdruck. Während bei letzteren die Gläubiger durch die gesetzlichen Vorschriften über die Aufbringung und Sicherung des Grundkapitals gesichert würden, solle ihr Schutz bei ersteren dadurch gewährleistet sein, daß dem "selbsttätigen Unternehmer grundsätzlich die unbeschränkte Verantwortung für sein Tun auferlegt werde". Darüber hinaus klingt in der Benennung dieses Grundsatzes als wirtschaftsverfassungsrechtliches Prinzip (Reinhardt) als zusätzliches Interesse der Schutz der Allgemeinheit an. Es solle "die Auslese unfähiger, unredlicher, und erfolgloser Unternehmer gewährleistet werden" (26). Bevor darauf eingegangen wird, ob tatsächlich im Interesse der Gläubiger und der Allgemeinheit eine unbeschränkte Haftung des Komm, der seinen Einfluß im Innenverhältnis erweitert hat, erforderlich sei (unten 3.), ist noch auf einen wesentlichen Mangel der Darstellungen der Literatur hinzuweisen. Es ist dies die mehrfach gerügte ungenaue tatbestandliche Abgrenzung. Bei

(23) Weipert § 164 Anm. 16; Schlegelberger-Geßler § 164 Anm. 14.

(24) im Gegensatz zur KG, wenn der Einfluß dem Komm zusteht.

(25) Lehmann "GesR" S. 333.

(26) Lehmann "GesR" S. 54; vgl. auch Müller-Erzbach in JZ 1956 S. 705 ff. (708): Die volle Haftung weckt das Verantwortungsbewußtsein und dient damit auch dem Interesse der Allgemeinheit an der Gesundheit des Wirtschaftslebens.

allen Darlegungen bleibt mehr oder weniger unklar, wann die Einflußnahme des Komm den Punkt erreicht hat, wo sie nun im Interesse der Gläubiger oder der Allgemeinheit zum Verlust des Privilegs der Haftungsbeschränkung führt. Soll bereits die Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis (evtl. zusätzlich einer Vertretungsbefugnis) auf den Komm genügen oder muß noch mehr hinzukommen? Wann hat der Komm die Führung des Unternehmens (27), die Geschäftsleitung (28) in der Hand? Berücksichtigt man die Formulierung Weiperts (29), daß der Komm dann, wenn er statt, d. h. unter Ausschluß des Kompls zur Geschäftsführung berufen sei, haftbar werde, ferner das allgemein zitierte Beispiel des vorgeschobenen vermögenslosen Kompls und die Bezugnahme auf die Rechtssprechung zur Einmannengesellschaft (30), sowie die Darlegungen Lehmanns (31), daß eine Änderung der Machtverteilung zwischen Komm und Kompl, die den Einfluß des Komm auf die Geschäftsführung verstärke, nicht schade sondern nur die dem gesetzlichen Typ völlig widersprechende Ausgestaltung, die vom Komm dazu benutzt werde, um sich trotz eigener Unternehmensleitung der unbeschränkten Haftung zu entziehen, so wird damit deutlich, daß es wohl allgemein auf die wirtschaftliche Inhaberstellung des Komm ankommen solle. Damit aber wird gleichzeitig fraglich, ob die Literatur für den Fall, der hier als erweiterte Einflußnahme bezeichnet wird, eine unbeschränkte Haftung bejaht. So ist die zitierte Einmannengesellschaft dadurch charakterisiert, daß, wie Reinhardt es ausdrückt, "der Zweck der Gesellschaft sich de facto nicht mehr vom Zweck des einzigen Gesellschafters unterscheiden läßt" (32). Gerade dies aber gilt für die erweiterte Einflußnahme - im Gegensatz zur herrschenden Stellung des Komm, bei der er zum Alleinunternehmer und damit der Zweck der "Gesellschaft" zu seinem Zweck geworden ist - nicht. Der Komm verstärkt zwar seinen Einfluß

(27) Haupt-Reinhardt S. 79.

(28) J. v. Gierke § 37 VI 1 b; Boesebeck "Kapitalistische KG" S. 48/49.

(29) § 164 Anm. 16; vgl. oben S. 125.

(30) Schlegelberger-Geßler § 164 Anm. 14; Weipert § 164 Anm. 16; Lehmann "GesR" S. 334 unter Hinweis auf BGHZ Bd. 22 S. 226.

(31) Lehmann "GesR" S. 334; ähnlich Haupt-Reinhardt S. 79 und J. v. Gierke § 37 VI 1 b.

auf die Leitung und den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens. Es bleibt aber eine selbständige, auf eigenem Recht begründete und vom Komm unabhängige Mitwirkung und Beteiligung des Kompls erhalten.

3.) Als Interessen, die eine unbeschränkte Haftung des Komm erfordern könnten, sind hier der schon erwähnte Schutz der Gläubiger und der Allgemeinheit sowie der Schutz des Kompls denkbar.

a) Was letzteren betrifft, so kann der Ansatz für sein Schutzbedürfnis nur darin liegen, daß er - aus seiner führenden Stellung verdrängt - für die vom Komm abgeschlossenen Geschäfte mit seinem gesamten Vermögen einzustehen hat. Für eine Sicherung des Kompls bedarf es jedoch keiner zusätzlichen unbeschränkten Haftung des Komm. Sie würde die eigene unbeschränkte Haftung des Kompls bestehen lassen, so daß ein interner Ausgleichsanspruch gegen den Komm als Schutz nicht nur genügend (33) sondern sogar wirksamer ist. Darüberhinaus besteht jedoch nicht einmal ein Bedürfnis für einen solchen Verlustfreistellungsanspruch (34). Wie oben bereits ausgeführt (35) ist der Komm auch bei einem verwaltungs- und vermögensmäßigen Übergewicht aufgrund des bestehenden Gesellschaftsverhältnisses verpflichtet, die mit dem gemeinsamen Betrieb des Handelsgewerbes verbundenen Interessen des Kompls zu wahren. Er ist "Treuhandler des Kompls", eine Stellung, die den Kompl wegen der darin begründeten Verantwortung des Komm ausreichend schützt.

b) Zweifelhafter erscheint die Frage, ob der Schutz der Gläubiger eine unbeschränkte Haftung des Komm erfordere. Sie wird in den eingangs dieses Paragraphen zitierten rechtspolitischen Arbeiten meist verneint (36), während die das geltende Recht be-

(32) Reinhardt "Gedanken zum Identitätsproblem bei der Einmann-gesellschaft" in Lehmann-Festschrift 1956 II S. 576 ff. (577).

(33) So Ausschlußbericht S. 34; vgl. ferner oben S. 41, wonach sich die wirtschaftliche Risikotragung nach der Verlustregelung und nicht nach der Haftung bestimmt.

(34) Anders Brecher "Subjekt und Verband" in Hueck-Festschrift S. 233 ff. (254): "Nimmt die Satzung dem Kompl den Einfluß auf die Geschäftsführung So ist das reziproke Verhältnis von Entscheidungsbefugnis und Haftung so lange noch vertretbar, als intern eine wirtschaftlich effektive Haftungsbe freiung stattfindet. Freiheit und finanzielle Ver-

trachtende Literatur sich - wie eben dargestellt - für ein Schutzbedürfnis der Gläubiger ausspricht, wobei allerdings die Frage, ob dies auch bei einer erweiterten Einflußnahme gelten solle, offen bleibt.

Ein Bedürfnis für eine unbeschränkte Haftung des Komm zum Schutze der Gläubiger könnte entweder aus dem Gesichtspunkt der "Haftungssubstanz" oder dem der "Verantwortung" abgeleitet werden.

Den Gläubigern haften die Kompl unbeschränkt, die Komm nach Leistung der Einlage nur mit dieser. Fließt aufgrund der erweiterten Einflußnahme nun dem Komm beispielsweise 90 % des Gewinnes zu, so gelangen diese Beträge in das Privatvermögen des Komm und sind - im Gegensatz zu den Gewinnen des Kompl - einem Zugriff der Gläubiger von vorneherein entzogen. Diese tatsächliche Schlechterstellung aufgrund derartiger Vereinbarungen müssen die Gläubiger jedoch hinnehmen. Sie ändert an der Struktur der Haftung - fehlende Haftung des Komm, wenn die Einlage geleistet ist und stete persönliche unbeschränkte Haftung des Kompl - nichts. Darauf aber, daß das haftende Privatvermögen des Kompl eine bestimmte Höhe erreicht, haben die Gläubiger keinen Anspruch.

Der Gedanke der Verantwortung wird bei der Einflußnahme des Komm auf die Geschäftsführung akut. Er kann dann zu einer unbeschränkten Haftung führen, wenn ein schutzwürdiges Interesse der Gläubiger dafür besteht, daß gerade der geschäftsführende Gesellschafter unbeschränkt haftet. Dies ist jedoch zu verneinen. Es könnte nur aus der Annahme abgeleitet werden, daß der geschäftsführende Gesellschafter, wenn er nicht persönlich haftbar ist, die Geschäfte in einer Weise führt, die eine Schädigung der Gläubiger zur Folge hat. Der geschäftsführende Komm ist jedoch aufgrund des bestehenden Gesellschaftsverhältnisses stets seinen Mitgesellschaftern gegen-

antwortung des Kompl sind dann in genau gleicher Weise eingeschränkt".

(35) S. 67/68.

(36) Vgl. die Arbeiten Würdingers, Boesebecks und Friedrichs oben S.124 FN 5, 6, 7 und die ausführliche Wiedergabe dieser Meinungen bei Ammerbacher Diss. S. 106 f.

über für die Art der Geschäftsführung verantwortlich und bei einem schuldhaften Verstoß gegen seine Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung unbeschränkt ersatzpflichtig. Es besteht dadurch ein genügender Schutz vor einer verantwortungslosen Geschäftsführung, der auch den Gläubigern zugute kommt.

c) Das Interesse an einem Schutz der Allgemeinheit steht unter einem wirtschaftstheoretischen Postulat. Erforderlich sei die Vereinigung von Risikobeherrschung und Haftung, da sie zu dem Ausscheiden des erfolglosen Unternehmers aus dem Wirtschaftsprozess führe und so das Funktionieren der Marktwirtschaft garantiere (37). Damit kann der Schutz der Allgemeinheit eine unbeschränkte Haftung des Komm erforderlich machen, wenn seine erweiterte Einflußnahme dazu führt, daß er der Unternehmer geworden ist. Aber dies ist nicht der Fall. Der Komm ist nur "Mitunternehmer". Seine Macht und sein Einfluß sind durch die konkurrierende Zuständigkeit der Mitgesellschafter beschränkt. Eine Risikokonzentrierung und damit ein im Falle eines Versagens nur teilweises Ausscheiden aus dem Wirtschaftsprozess wird jedoch auch unter den Gesetzen der Marktwirtschaft dort anerkannt, wo der Einfluß auf die Unternehmensleitung nur beschränkt ist, wie die Institution der Kapitalgesellschaften einerseits und andererseits die Rechtssprechung zur Einmanngesellschaft, die gerade wegen ihrer wirtschaftlichen Bezogenheit auf den Einmanngesellschafter und dessen damit verbundener Macht weitgehend mit diesem identifiziert wird (38), zeigen.

4.) Damit steht fest, daß dort, wo die Einflußnahme des Komm nicht bis zu einer beherrschenden Stellung ausgebaut wird und damit ein Gesellschaftsverhältnis erhalten bleibt, sich mit der Kommstellung nach wie vor die Beschränkung der Haftung verbindet. Das Gesetz läßt die Änderung des Innenverhältnisses zu,

(37) Vgl. hierzu Großmann-Doerth in ArchivP Bd. 147 S. 1 ff. (16), der überdies zutreffend darauf hinweist, daß die Wirkung der unbeschränkten Haftung entscheidend davon abhängt, welche Bedeutung das Privatvermögen für den Gesellschafter selbst hat, was sich wiederum nach der Aufteilung von Gesellschafts- und Privatvermögen richtet.

(38) Vgl. hierzu Reinhardt in Lehmann-Festschrift 1956 II S. 576 ff. und BGHZ Bd. 22 S. 226 ff.

ohne ihr Auswirkungen auf die Haftung zuzumessen. Entgegen dieser Regelung kann auch nicht unter Berufung auf die "Macht der Tatsachen" (39) eine unbeschränkte Haftung abgeleitet werden. Die "Macht der Tatsachen" ist nur dann von Bedeutung, wenn sie rechtserheblich, d. h. nach dem Zweck des Gesetzes beachtlich ist. Dies wäre hier nur dann der Fall, wenn sich aus der Verschiebung des Einflusses im Innenverhältnis ein Bedürfnis für eine unbeschränkte Haftung des Komm ergäbe. Dadurch aber, daß die erweiterte Einflußnahme den Bestand des Gesellschaftsverhältnisses nicht antastet, wird bereits durch die aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringende Verantwortung des Komm gegenüber dem "verdrängten" Kompl der Einfluß des Komm eingedämmt und damit eine unbeschränkte Haftung des Komm als zusätzlicher Schutz des Kompls, der Gläubiger und der Allgemeinheit erübrigt.

IV.) Mit dem Ergebnis, daß auch bei erweiterter Einflußnahme des Komm mit seiner Stellung die Haftungsbeschränkung verbunden bleibt, entfällt das zweite Problem, die Auswirkung des Innenverhältnisses nach außen. Insbesondere ist für eine Haftungsbegründung unter dem Gesichtspunkt des Mißbrauchs der Rechtsform kein Raum, da die Kongruenz zwischen der auf dem Innenverhältnis entspringenden und nach außen kundgegebenen Haftungsregelung erhalten bleibt.

V.) Zweifelhaft ist, ob der Komm über Treu und Glauben (40) oder § 826 BGB unbeschränkt zur Erfüllung von Gesellschaftsschulden herangezogen werden kann. Zunächst steht fest, daß diese Anspruchsgrundlagen nicht zu einer generellen Verpflichtung gegenüber allen Gläubigern führen können. Es gibt keine Pflicht zur Wahrung von Treu und Glauben gegenüber jedermann. Desgleichen knüpft § 826 BGB an einzelne Rechtsgeschäfte an. Eine Inanspruchnahme des Komm nach § 826 BGB setzt voraus, daß der Komm in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise

(39) Vgl. die von Schlegelberger-Geßler § 164 Anm. 14 und Weipert § 164 Anm. 16 zitierte Entscheidung RGZ Bd. 129 S. 50 (54).

(40) Vgl. den Hinweis von Schlegelberger-Geßler und Weipert aaO auf RGZ Bd. 156 S. 271 ff. (277).

vorsätzlich einem anderen Schaden zufügt. Dieser Tatbestand wird allein dadurch, daß der Komm seinen Einfluß im Innenverhältnis erweitert, nicht erfüllt. Er kann nur ausnahmsweise verwirklicht sein, so etwa, wenn das Handelsunternehmen überwiegend durch Darlehen des Komm finanziert worden ist (41) und der Komm sich im Falle eines Konkurses nun auf seine Gläubigerstellung beruft. Hier ist es denkbar darin, daß eine Blüte des Unternehmens vorgetäuscht und die Doppelstellung des Komm als Unternehmer und Darlehensgläubiger Dritten verborgen wird, eine vorsätzliche sittenwidrige Schadenszufügung zu sehen (42).

§ 3 Die Haftung des herrschenden Komm

I.) Entscheidend kommt es zunächst wiederum darauf an, ob es berechtigt ist, aus der Gestaltung des Innenverhältnisses heraus die Haftungsbeschränkung zu versagen.

1.) Die herrschende Stellung wurde als alleinige Unternehmerstellung des Komm charakterisiert. Dabei führt der erforderliche Ausschluß des Kompls von einer unabhängigen Mitwirkung an der Geschäftsleitung und Beteiligung an der Unternehmenssubstanz dazu, daß bei der rechtlichen Verwirklichung dieser Unternehmerstellung zwischen Komm und Kompl nur ein Anstellungs- und/oder Darlehensverhältnis begründet wird. Das Handelsunternehmen wird nicht mehr als gemeinsamer sondern als alleiniger Zweck des (der) Komm betrieben. Der Komm wird Alleinunternehmer bzw. bei Komm-mehrheit Mitglied einer unter den "Komm" bestehenden OHG. Er verliert seine Kommeigenschaft und damit die aus dieser entspringende Haftungsbeschränkung (1), so daß er - vorbehaltlich

(41) Vgl. hierzu oben S. 44 FN 17.

(42) Vgl. hierzu RG in SeuffArch Bd. 92 S. 115 = JW 1938 S. 862, wo das RG bei einer mit zu geringem Stammkapital ausgestatteten Einmann-GmbH die Geltendmachung der von dem Einmann-gesellschafter der Gesellschaft zur Finanzierung gewährten Darlehen durch diesen im Konkurse als arglistig bezeichnete. Zu beachten bleibt jedoch, daß das RG in der Begründung zwar auf Treu und Glauben und § 826 BGB Bezug nahm, letztlich dann aber doch aus der wirtschaftlichen Identität von Gesellschafter und Gesellschaft ("der Alleingesellschafter hat sich zum Großgläubiger des eigenen Unternehmens gemacht") zu seiner Entscheidung kam.

einer anderen Beurteilung aufgrund der Gestaltung des Außenverhältnisses - unbeschränkt haftbar wird.

2.) Dieses Ergebnis steht in etwa auch in Einklang mit den Ergebnissen der Literatur, soweit man davon absieht, daß nur die Frage der Haftung schlechthin ohne die hier vorgenommene Trennung in die Berechtigung zur Haftungsbeschränkung aus dem Innenverhältnis und die Geltung dieses Innenverhältnisses gegenüber dem Auftreten nach außen aufgeworfen wird. Aus der vergleichenden Bezugnahme auf die Rechtssprechung zur Einmanngesellschaft sowie dem Hinweis auf den "vorgeschobenen vermögenslosen Kompl", beides Fälle, wo der Einmannengesellschafter bzw. der Hintermann wirtschaftlich gesehen Inhaber des als GmbH oder KG betriebenen Unternehmens ist, wird deutlich, daß man die unbeschränkte Haftung des Komm aus der durch seine Einflußnahme erlangten alleinigen Unternehmerstellung ableiten will (2). Allerdings vermag weder der Hinweis auf die Einmanngesellschaft noch der auf die Vermögenslosigkeit des Kompls als Begründung für eine unbeschränkte Haftung zu überzeugen.

a) Die Bezugnahme auf die Einmanngesellschaft trifft zwar die wirtschaftliche Charakterisierung, nicht aber die rechtliche Problematik des Falles. Obwohl das Unternehmen bei einer herrschenden Stellung allein auf den Komm bezogen ist, kann es, anders als eine GmbH, die als juristische Person auch bei Vereinigung aller Anteile in einer Hand aufgrund der Verselbständigung der Organisation und des Vermögens bestehen kann (3), nicht etwa als "Einmann-KG" bezeichnet werden. Eine Personengesellschaft wie die KG kann begrifflich nur vorhanden sein, wenn zwei Personen sich als Gesellschafter zu einem gemeinsamen Zweck zusammenschließen. Fehlt dieser Zusammenschluß, so liegt im Innen-

(1) Vgl. oben S. 101.

(2) Vgl. oben S. 129/130; ferner auch Großmann-Doerth in ArchivP Bd. 147 S. 1 ff. (4), der die rechtspolitischen Bestrebungen für eine Haftung des Komm - oben S. 123 - unter der Fragestellung sieht, ob es weiterhin zugelassen werden soll, daß die Form der KG dazu benützt wird, Unternehmer im vollen Sinn des Wortes, also Inhaber nicht nur des Kapitals sondern auch der Unternehmensleitung, das Vorrecht der Haftungsbeschränkung zu verschaffen.

(3) So RG in ständiger Rechtssprechung seit RGZ Bd. 3 S. 127 (erstmalig für die AG) und RG in JW 1904 S. 503 (erstmalig für die GmbH); vgl. RGZ Bd. 68 S. 172, Bd. 98 S. 289 und

verhältnis keine Gesellschaft vor, der eine beschränkte Haftung des Komm entspringen könnte. Es bedarf daher im Gegensatz zur Einmann-GmbH insoweit keiner Überwindung einer formell bestehenden Haftungsbeschränkung, so daß der Hinweis auf sie überflüssig ist.

b) Unglücklich als Begründung erscheint ferner der Hinweis auf den vorgeschobenen vermögenslosen Kompl. Was die "Vermögenslosigkeit" anlangt, so tendiert die Überlegung offenbar in Richtung auf eine Haftung aus dolosem Handeln. Die Vorstellung ist wohl, daß der Komm haften solle, wenn er den Gläubigern einen Kompl präsentiert, von dem sie nicht befriedigt werden können. Aber wann ist ein Kompl vermögenslos? Der Begriff ist relativ und hängt entscheidend von der Größe des betriebenen Unternehmens ab. Bei einem Unternehmen mit hohem Anlagevermögen und hohen Umsätzen erscheint ein Kompl mit DM 20.000,-- Privatvermögen vermögenslos, in einem Kleinbetrieb fällt der Betrag als zusätzliche Haftungssubstanz erheblich ins Gewicht. Im übrigen steht den Gläubigern zwar der Zugriff auf das Privatvermögen offen, sie haben aber keinen Anspruch darauf, daß dieses Privatvermögen eine bestimmte Höhe erreicht. Vielmehr ist es Sache der Gläubiger, die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft und der haftenden Gesellschafter nachzuprüfen.

Die Begründung für die Haftung muß deshalb in der Formulierung "vorschieben" gesucht werden. Es soll damit offenbar zum Ausdruck kommen, daß der Kompl als solcher ausgegeben wird, obgleich er diese Stellung im Innenverhältnis - wegen seiner völligen Abhängigkeit - nicht einnimmt. Ist dies aber der Fall, dann liegt im Innenverhältnis kein Gesellschaftsverhältnis mehr vor.

Damit kommt der Abgrenzung zwischen erweiterter und herrschender Einflußnahme auch für die Haftung entscheidende Bedeutung zu. Besteht, wie bei der erweiterten Einflußnahme, zwischen den Parteien noch ein Gesellschaftsverhältnis, so ergibt sich aus der darin liegenden Beschränkung des Kommeeinflusses auch die Rechtfertigung seiner Haftungsbeschränkung. Hat der Komm dagegen eine alleinige Unternehmerstellung erreicht, so folgt daraus seine

unbeschränkte Verlusttragung (4) und - vorbehaltlich des Außenverhältnisses - auch seine unbeschränkte Haftung. Damit steht das Ergebnis aber auch in Einklang mit dem nach Vereinigung von Herrschaft und Haftung drängenden rechtsethischen Prinzip und - soweit man darin auch einen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundsatz sieht - mit der Forderung nach Verwirklichung des Ausleseprinzips.

II.) Für die Stellung des herrschenden Komm entscheidet nun, wie weit diese sich aus dem Innenverhältnis ergebende unbeschränkte Haftung gegenüber dem eine beschränkte Haftung verlautbarenden Außenverhältnis wirksam werden kann.

1.) Oben wurde bereits dargelegt, daß es unzulässig ist, nach außen als KG aufzutreten, wenn im Innenverhältnis keine Gesellschaft besteht. Die Wahl der Rechtsform der KG für das Außenverhältnis kann insoweit als Mißbrauch der Rechtsform bezeichnet werden (5). Trotzdem erfährt die dadurch geschaffene "Außengesellschaft" soweit eine rechtliche Anerkennung, als der Schutz des Verkehrs dies erfordert. Zugunsten Dritter, die aufgrund des Auftretens darauf vertrauen, mit einer KG in Beziehung zu treten, müssen die das Außenverhältnis der KG betreffenden Bestimmungen, soweit sie sich auf das Verhältnis der Gesellschaft zu Dritten beziehen, angewendet werden. Das bedeutet, daß die Parteien zwar nicht eine Sanktionierung ihres Auftretens in Form der Eintragung der unzulässig gebrauchten KG ins Handelsregister verlangen können, wohl aber, daß zum Schutze des Verkehrs die Vertretungs- und Haftungsregelung der KG zur Anwendung zu kommen hat (6). Der Kompl ist also im Verkehr als vertretungsberechtigt anzusehen, seine Erklärungen verpflichten die "Gesellschaft", er haftet für die Verbindlichkeiten der "Gesellschaft" unbeschränkt; der als Komm Auftretende gilt dagegen, in konsequenter Fortführung dieses Gedankens, für den Verkehr als zur Vertretung nicht ermächtigt, er haftet für die Verbind-

(4) Vgl. oben S. 80/81.

(5) Vgl. hierzu Lehmann "GesR" S. 334, dessen Formulierung "in krassen Fällen könne schon die Wahl der Rechtsform ... als Mißbrauch zu kennzeichnen sein" wohl in diesem Sinne gedeutet werden muß.

(6) Hueck "OHG" S. 4/5 mit weiteren Nachweisen.

lichkeiten der KG, jedoch nur beschränkt auf die Höhe der ins Handelsregister eingetragenen oder sonst in handelsüblicher Weise bzw. dem einzelnen Gläubiger gegenüber bekannt gemachten Einlage. Diese letzte aus einer Anwendung der Haftungsregelung sich ergebende Folge kommt nun dem auf eine Beschränkung des Haftungsrisikos ausgehenden herrschenden Komm entgegen. Ihre Berechtigung erscheint jedoch äußerst fraglich. Kann dem Komm der Rechtsschein der Haftungsbeschränkung zugute kommen?

2.) Ein Bedürfnis, den Komm entgegen dem Rechtsschein der beschränkten Haftung unbeschränkt haftbar zu machen, besteht nicht. Weder der Schutz der Gläubiger oder der Allgemeinheit noch der Schutz des Kompl erfordern dies.

Die Gläubiger rechnen, wenn der Geschäftsinhaber nach außen als Komm auftritt, nur mit seiner beschränkten Haftung. Es genügt, wenn sie in diesem Vertrauen nicht getäuscht werden. Für eine zusätzliche Sicherung in Form der unbeschränkten Haftung des "Komm" besteht kein Anlaß (7).

Desgleichen bleibt auch bei einer nur beschränkten Haftung des Komm das wirtschaftliche Ausleseprinzip gewahrt, da das Verbot der Verlustüberwälzung auf den Kompl die Unternehmerstellung des Komm mit dem vollen Verlustrisiko belastet. Macht und Verantwortung entsprechen sich.

Darüberhinaus bedarf auch der "Kompl" keines zusätzlichen Schutzes durch eine unbeschränkte Haftung des "Komm". Zwar würde sie den ausschließlichen Zugriff der Gläubiger auf sein Privatvermögen ausschließen. Seine Haftung beruht jedoch darauf, daß er, ohne hierzu wirksam verpflichtet zu sein, als Kompl auftritt. Er kann deshalb diese Haftung für die Zukunft dadurch verhindern, daß er den Rechtsschein der Außengesellschaft zerstört, während ihm, soweit er aufgrund seines Auftretens bereits verhaftet ist, gegen den "Komm" ein Anspruch auf wirtschaftliche Haftungsfreistellung zusteht (8).

3.) Wegen des fehlenden Bedürfnisses will Ammerbacher eine unbeschränkte Haftung des herrschenden Komm verneinen (9). Dabei

(7) In Ausnahmefällen kann zum Schutze der Gläubiger außerdem § 826 BGB zum Zuge kommen; vgl. oben S. 134/135.

(8) Vgl. oben S. 82-84.

geht er von einer falschen Fragestellung aus. wegen seiner unzulänglichen Durchdringung des Tatbestandes übersieht er, daß die Einflußnahme des Komm dazu führen kann, daß kein Gesellschaftsverhältnis mehr besteht und damit das Auftreten als KG unzulässig wird. Es fehlt die Berechtigung für eine Haftungsbeschränkung des "Komm", so daß an die Stelle der Frage, ob ein Bedürfnis für eine unbeschränkte Haftung besteht (so Ammerbacher) umgekehrt das Problem tritt, ob ein Bedürfnis dafür vorliegt, an der - unzulässig - kundgegebenen beschränkten Haftung festzuhalten. Dies ist nicht der Fall. Es ist ein selbstverständlicher Grundsatz des Rechts, daß für die Rechtsfolgen die tatsächliche Rechtslage, also das Bestehen der KG, die Komploder Kommeigenschaft, maßgeblich ist. Nur ausnahmsweise wird dort dem Anschein einer Rechtslage eine Bedeutung beigemessen, wo dies zum Schutze des Verkehrs erforderlich ist (10). Daraus folgt, daß die Vertauschung einer Rechtslage nur Dritten zugute kommen kann, nicht auch dem Tauschenden selbst. Der Komm kann sich also bereits aus diesem Grunde nicht auf eine beschränkte Haftung berufen. Darüberhinaus ergibt sich eine unbeschränkte Haftung noch aus einer weiteren Erwägung. Das - unzulässige - Auftreten als Komm zeichnet sich dadurch aus, daß ein Haftungsbeschränkungstatbestand vorgetäuscht wird. Eine Ungewissheit darüber, ob dieser Haftungsbeschränkungstatbestand zu Recht kundgegeben ist, kann nun jedoch keine Gefährdung des Verkehrs begründen, denn wenn die Haftungsbeschränkung nicht besteht, haftet der "Komm" eben unbeschränkt. Es besteht also kein Vertrauensbedürfnis dafür, daß die Haftungsbeschränkung, wenn kundgegeben, auch tatsächlich tilt. Nachdem ein Bedürfnis des Verkehrs nach Vertrauensschutz aber Voraussetzung dafür ist, daß die Rechtsfolgen statt von der wirklichen von der vorgegebenen Rechtslage abgeleitet werden, kann hier die Vorgabe

(9) Diss. S. 120-124; Ammerbacher verwendet den Ausdruck "herrschender Komm" nicht; aus der Tendenz seiner Ausführungen wird aber deutlich, daß er eine unbeschränkte Haftung schlechthin - also auch für den Fall einer herrschenden Stellung - verneint.

In dem von Ammerbacher angenommenen Freistellungsanspruch aus § 670 BGB vgl. bereits oben S. 82/83.

(10) Oben S. 104.

der Kommstellung keine nur beschränkte Haftung auslösen. Der Rechtsschein kann eine Haftung begründen, nicht aber eine bestehende Haftung beschränken (11).

Damit steht als Ergebnis die unbeschränkte Haftung des (der) als Kommanditist(en) auftretenden Geschäftsinhaber(s) fest.

E r g e b n i s d e r A r b e i t :

Die Einflußnahme des Komm auf das Handelsunternehmen ist primär ein wirtschaftlicher Tatbestand mit der Folge, daß Ausmaß und Wirkung des Einflusses sich nach wirtschaftlichen Kriterien beurteilen. Es entscheidet die Verteilung der Unternehmerfunktionen, kurz die Unternehmerstellung. Liegt sie allein beim Komm, so hat er eine herrschende Stellung erlangt, während andernfalls nur eine Erweiterung seines Einflusses besteht.

Die rechtliche Form, in der sich diese Einflußnahme vollziehen soll, ist die der KG. Sie läßt jedoch eine herrschende Stellung nicht zu, obgleich die Einflußnahme sich im wesentlichen im Innenverhältnis der Gesellschaft abspielt und dieses der nur durch die allgemeinen Wertklauseln der §§ 134, 138 BGB beschränkten Vertragsfreiheit untersteht. Während bei einer bloßen Erweiterung des Einflusses des Komm die Verstärkung seiner Mitunternehmerstellung sich noch im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses vollzieht - es bleiben die auf eigenem Recht begründeten, wenn auch geschmälernten Zuständigkeiten der Mitgesellschafter

(11) Damit gehen auch die Ausführungen von Klotz Diss. § 8 (Die Erweiterung der Macht des Komm unter Verletzung zwingender Vorschriften) am Problem vorbei, wonach eine etwaige Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages für die Gläubiger der Gesellschaft keinen Vorteil darstelle, da die Haftung aus dem Gesichtspunkt des Rechtsscheins nie über das hinausgehen könne, was bei Gültigkeit des Vertrages einträte.

erhalten - wird bei einer herrschenden Stellung des Komm zwischen ihm und dem Kompl nur ein Austauschverhältnis begründet. Dies hat zur Folge, daß bestimmte gesellschaftsrechtliche Normen (wie die über die Verlustverteilung) nicht anwendbar sind und es insbesondere unzulässig ist, nach außen als KG aufzutreten. Daraus folgt weiter, daß der Komm bei einer beherrschenden Stellung mit dem vollen Unternehmerrisiko nach innen und außen belastet ist. Er trägt den Verlust, da eine Überbürdung auf den "Kompl" sittenwidrig ist; er haftet unbeschränkt, da mit dem Wegfall des Gesellschaftsverhältnisses auch seine Kommeigenschaft und die aus ihr entspringende Haftungsbeschränkung entfällt und eine Beschränkung der Haftung auch nicht daraus, daß er nach außen als Komm auftritt, ableitbar ist, nachdem der Rechtsschein eine Haftung zwar begründen, nicht aber beschränken kann.

Bei einer bloßen Erweiterung der Rechtsstellung des Komm im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses ist dagegen für eine unbeschränkte Haftung kein Raum, nachdem für sie wegen der im Gesellschaftsverhältnis begründeten Bindung des Komm an die Interessen der Mitgesellschafter kein Bedürfnis besteht.

Was die Einflußnahme im Außenverhältnis anlangt, so ist sie dadurch beschränkt, daß der Typ der KG gewahrt bleiben muß. Daraus entspringt gleichzeitig der Ansatz für eine evtl. unbeschränkte Haftung des Komm. Es kommt darauf an, ob er trotz seiner Einflußnahme nach außen weiterhin als Komm erscheint. Dies ist grundsätzlich der Fall, da die Kommstellung für den Verkehr durch die Eintragung der KG im Handelsregister festgelegt wird. Eine unbeschränkte Haftung des Komm entsteht nur ausnahmsweise dort, wo der Komm als organschaftlicher Vertreter oder eine gegen § 19 IV HGB verstößende Firmenbildung ins Handelsregister eingetragen werden oder aber der Berufung auf die aus dem Handelsregister ersichtliche Haftungsbeschränkung die Einrede der Arglist entgegensteht.

Lebenslauf:

Am 12. Januar 1935 wurde ich in München als Sohn des Bankdirektors Franz X. Wagner und seiner Gattin Josefine, geb. Stein, geboren. Von 1941 bis 1946 besuchte ich die Volksschule in München und Dorfen (Landkreis Erding), von 1946 bis 1951 die humanistischen Gymnasien in Scheyern (Landkreis Pfaffenhofen/Ilm) und Freising und von 1951 bis 1953 das Wilhelmsgymnasium in München, wo ich im Juli 1953 die Reifeprüfung ablegte. Seit Wintersemester 1953/54 studierte ich an der Ludwig-Maximilians-Universität in München Rechtswissenschaft, seit Wintersemester 1954/55 gleichzeitig auch Betriebswirtschaftslehre. Am 2. 8. 1957 schloß ich meine rechtswissenschaftlichen Studien mit der ersten juristischen Staatsprüfung ab, am 15. 7. 1959 meine betriebswirtschaftlichen Studien mit der Diplomkaufmannsprüfung. Seit September 1957 bin ich im juristischen Vorbereitungsdienst an den Münchener Gerichten als Rechtsreferendar tätig.

Der Ausbau des Einflusses des Kommanditisten
bis zur beherrschenden Stellung
und dessen Auswirkungen auf seine Haftung

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians- Universität
zu München

vorgelegt von

Alfred Wagner

1960

Referent:

Prof. Dr. Rolf Dietz

Korreferent:

Prof. Dr. Hermann Krause

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Dezember 1960

(Schlussberatung)

Inhaltsverzeichnis

	Seite
<u>Einleitung:</u> Aufriß des Problems	1
 <u>Abschnitt I:</u> Die Stellung des Komm nach der gesetzli- chen Regelung	 7
§ 1 Die Stellung des Komm - allgemein -	7
I. Wesen der KG	
II. Stellung des Kompls - allgemein -	
III. Stellung des Komm - allgemein -	
§ 2 Die Mitverwaltungsrechte des Komm	9
I. Die Mitwirkung bei der Geschäftsführung (§ 164 HGB)	
II. Die Kontrollbefugnisse des § 166 HGB	
§ 3 Die Vermögensrechte des Komm	13
I. Die Bedeutung des Kapitalanteils für die ver- mögensrechtliche Stellung der Gesellschafter	
II. Die vermögensrechtliche Stellung des Komm (§§ 167 - 169 HGB)	
§ 4 Die Stellung des Komm nach außen	15
I. Eintragung ins Handelsregister, Firmenbildung, Vertretung und Haftung	
II. Rechtstechnische Gestaltung der Haftung	
III. Charakterisierung der Haftung (Haftung und Ge- sellschaftsvermögen)	
§ 5 Wertende Betrachtung der Stellung des Komm	18
I. Nur beschränkte Unternehmerstellung des Komm	
II. Die historischen Wurzeln dieser Regelung	
III. Wirtschaftliches Bedürfnis, die Stellung des Komm durch Erweiterung seiner Gesellschafter- rechte anzuheben	
 <u>Abschnitt II:</u> Der Ausbau des Einflusses des Komm bis zur beherrschenden Stellung	 23
 <u>Kapitel I:</u> Die Einflußnahme des Komm - allgemein -	 23

V. Ergebnis der Einflußnahme im Innenverhältnis	84
<u>Kapitel III: Die Einflußnahme im Außenverhältnis</u>	84
§ 1 Die Einflußnahme auf die Vertretung der Gesellschaft	85
I. Vertretung der Gesellschaft als	
1.) organschaftliche Vertretung	
2.) rechtsgeschäftliche Vertretung	85
II. Organschaftliche Vertretung durch den Komm	86
1.) Stellungnahmen von Literatur und Rechtsprechung	
2.) Zur Zulässigkeit der organschaftlichen Fremdvertretung	
3.) Zur unechten Gesamtvertretung	
4.) Auslegung der einem Komm übertragenen organschaftlichen Vertretung	
5.) Zum Entzug der organschaftlichen Vertretungsbefugnis des einzigen Kompls	
III. Rechtsgeschäftliche Vertretung durch den Komm	91
1.) Stellungnahmen von Literatur und Rechtsprechung	
2.) Umfang und Dauer (Entziehbarkeit) der dem Komm übertragenen rechtsgeschäftlichen Vertretungsbefugnis	
3.) Grund für die Zulässigkeit der rechtsgeschäftlichen Vertretung durch den Komm	
§ 2 Die Einflußnahme auf die Firmenbezeichnung	99
I. Grundsatz der Firmenwahrheit (§ 19 II, IV HGB)	
II. Durchbrechung dieses Grundsatzes bei abgeleiteten Firmen (§§ 22, 24 HGB)	
§ 3 Das Ergebnis der Einflußnahme im Außenverhältnis	100
<u>Abschnitt III: Die Auswirkungen der Einflußnahme des Komm auf seine Haftung</u>	101
<u>Kapitel I: Der Zusammenhang zwischen Einfluß und Haftung - allgemein -</u>	101
§ 1 Grundlagen der beschränkten Haftung des Komm; Ansatzpunkte für eine unbeschränkte Haftung	101
I. Kommstellung und Kundgabe dieser Kommstellung	101

II. Rechtschein	103
§ 2 Einflußnahme und Haftung - allgemein -	105
I. Abgrenzung der Tatbestände	
II. Ansatzpunkte für eine unbeschränkte Haftung bei den einzelnen Tatbeständen	
<u>Kapitel II:</u> Die Haftung des Komm aufgrund seiner Einflußnahme im Außenverhältnis	106
§ 1 Problemstellung	106
§ 2 Die Haftung des Komm, dem Prokura/Handlungsvollmacht eingeräumt ist	107
I. Die Verlautbarung der Kommstellung	107
1.) bei Einräumung der rechtsgeschäftlichen Vertretungsbefugnis	
2.) bei Ausübung der rechtsgeschäftlichen Vertretungsbefugnis	
- zum Rechtsschein entgegen einer Eintragung im Handelsregister -	
II. Zur Haftung infolge der durch die Vollmacht erlangten Macht des Komm	113
§ 3 Die Haftung des Komm, dem organschaftliche Vertretung eingeräumt ist, dessen Name in die Firmenbezeichnung aufgenommen ist	114
I. Haftung bei organschaftlicher Vertretung	114
II. Haftung bei Übernahme des Namens des Komm in die Firmenbezeichnung	116
<u>Kapitel III:</u> Die Haftung des Komm aufgrund seiner Einflußnahme im Innenverhältnis	119
§ 1 Problemstellung	119
I. Bedürfnis für unbeschränkte Haftung aus der Gestaltung des Innenverhältnisses	119
II. Geltung des Innenverhältnisses gegenüber dem Außenverhältnis	120
1.) Trennung von Innen- und Außenverhältnis	
2.) Versuch zur Überwindung dieser Trennung	
3.) Lösung des Konflikts	
§ 2 Die Haftung des Komm bei erweiterter Einflußnahme	123
I. Allgemeine Stellungnahmen der Literatur	123

II. Einschaltung: Die Regelung des ausländischen Rechts	126
III. Das Bedürfnis für eine unbeschränkte Haftung	127
1.) Präzisierung der Problemstellung	
2.) Stellungnahmen der Literatur	
3.) Bedürfnis zum Schutze des Kompls, der Gläubiger oder der Allgemeinheit?	
IV. Keine Lösung unter dem Gesichtspunkt Mißbrauch der Rechtsform	134
V. Zur Inanspruchnahme des Komm aus § 826 BGB	134
§ 3 Die Haftung des herrschenden Komm	135
I. Zur Versagung der Haftungsbeschränkung aufgrund der im Innenverhältnis erlangten Stellung des Komm	
1.) Unbeschränkte Haftung wegen fehlender Komm-eigenschaft	
2.) Die Stellung der Literatur zu diesem Ergebnis	
II. Zur Geltung dieser unbeschränkten Haftung gegenüber dem Außenverhältnis	138
1.) Die Unzulässigkeit des Außenverhältnisses	
2.) Das fehlende Bedürfnis für eine unbeschränkte Haftung	
3.) Die fehlende Berechtigung der Haftungsbeschränkung	

Ergebnis der Arbeit

141

